

كلية الدراسات العليا

التحكيم في عقود البترول

Arbitration in Oil Contracts

إعداد

مي عواد محمد الظفيري

الرقم الجامعي

1470200007

الدكتور فرحان نزال المساعيد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

2017

بسم الله الرحمن الرحيم

(فَلا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا).

صدق الله العظيم

الآية 65 من سورة النساء

التفويض

أنا مي عواد محمد الظفيري أفوض جامعة آل البيت بتزويد المكتبات أو المؤسسات أو الهيئات العامة أو الأشخاص بنسخ من رسالتي عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع

2017/ 8 / 7

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة عنوانها **التحكيم في عقود البترول** وأجيزت بتاريخ 7 / 8 / 2017.

أعضاء لجنة المنقاشة

- الدكتور فرحان نزال المساعيد – أستاذ مشارك – رئيساً ومشرفاً ....
- الأستاذ الدكتور محمد علي سويلم الخلايلة – أستاذ – عضواً ....
- الأستاذ الدكتور نائل على حمد المساعدة – أستاذ – عضواً ....
- الدكتور عوض رجب الليمون – أستاذ مشارك – عضواً خارجياً ....

إقرار والتزام

أنا الطالبة : مي عواد محمد الظفيري الرقم الجامعي 4170200007

التخصص: قانون عام / كلية القانون

أقرّ بأني قد التزمت بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وقراراتها السارية المفعول والمتعلقة بإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه عندما قمت شخصياً بإعداد رسالتي

بعنوان التحكيم في عقود البترول

وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية في كتابة الرسائل والأطروحات العلمية، كما أنني أعلن بأن رسالتي هذه غير منقولة من أية رسائل أو أبحاث أو أية منشورات علمية تم نشرها أو تجربتها في أي وسيلة إعلامية، وتأسيساً على ما تقدم فإنني أتحمل المسؤولية كاملة وبكافة أنواعها فيما لو تبين غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون أن يكون لي الحق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر من مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب

التاريخ: 7/ 8 /2017

الإهداء

إلى -----

وطني الحبيب الكويت ----- الولاء له

المملكة الأردنية الهاشمية ----- امتناناً وتقدير

إلى والدي العزيز ------ أمد الله في عمره

أمي حفظها الله ورعاها ------ وأمد الله في عمرها

اخوتي واخواتي ------ جعلهم الله لي ذخراً

الباحثة

مي عواد محمد الظفيري

الشكر والعرفـان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد، فأشكر الله على عميم نعمائه الذي من علي في إتمام العمل المتواضع.

وأتشرف في هذا المقام أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى أستاذي الجليل الدكتور فرحان نزال المساعيد الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة منذ أن كانت فكرة حتى أصبحت مشروعاً منجزاً، وقد أفاض عليه من علمه وسديد ملاحظاته مما انعكس إيجابياً على إتمامه بهذا الشكل، فجزاه الله خير الجزاء، وجعله أحد سبل العلم المنيرة.

كما أتوجه بوافر الشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة، الذين تفضلوا مشكورين بالموافقة على مناقشتهم لهذه الرسالة، وتقديم الملاحظات القيمة، و آرائهم السديدة، لهم مني جل الاحترام والامتنان والتقدير، وأتقدم بالشكر أيضاً إلى جميع من قدم لي مساعدة سائلاً المولى عز وجل أن يجزيهم عن خير الجزاء.

الباحثة

مي عواد محمد الظفيري

قائمة المحتويات

التحكيم في عقود البترول

إعداد

مي عواد محمد الظفيري

إشراف

الدكتور فرحان نزال المساعيد

الملخص

يعد شرط التحكيم من الشروط المهمة التي يلجأ المتعاقدون إلى إدراجها في العقود الدولية، وعلى الأخص في عقود البترول، لحل النزاعات التي يمكن أن تثار بينهم إلى الحد الذي يمكن أن تكاد لا تخلو هذه العقود من هذا الشرط، كما أن التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، ويرجع هذا إلى المميزات التي يتميز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة العقود الدولية الخاصة وخصوصاً عقود البترول.

وتوصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- تزايد أهمية نظام التحكيم باعتباره من أفضل الوسائل لفض النزاعات المرتبطة بالاستثمار، خصوصاً لما يتمتع به من مزايا عديدة تتناسب مع منازعات الاستثمار البترولي حيث درجت العديد من الدول على تنظيم التحكيم وجعله جزءاً من نظامها القانوني ومن ضمن الوسائل التي يسمح اللوجء إليها لحل بعض الخلافات بدلاً من القضاء الوطني، ولم يقتصر دوره في نطاق القانون الخاص وإنما شمل ذلك منازعات القانون العام، وصار التحكيم ضمن وسائل حسم المنازعات الإدارية خاصة منازعات العقود الإدارية المرتبطة بالاستثمار.

أهم التوصيات فكانت :

- ضرورة زيادة اهتمام السلطات المختصة بإعداد كوادر تتمتع بالخبرة في مجال التحكيم في عقود البترول وتهيئتهم من خلال عقد دورات تدريبية محلية وإقليمية ودولية وتطوير قدراتهم الفنية عن طريق أحدث الأساليب الخاصة والمتعارف عليها عالمياً في مجال تحكيم عقود البترول.

المقدمة

يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وقد شاع اللجوء إليه في العقود الدولية بشكل خاص، حيث يندر أن نجد عقداً دولياً لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، فهو وسيلة قانونية أفسح المشرع لها المجال للفصل في النزاعات المنتهية على عرضها كنظام مواز للقضاء لا يخلو من مزايا، حيث ينتهي إلى حكم يتقيد به الفرقاء ويؤدي إلى حسم النزاع الذي يحدث بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد.

وإن هذه الدراسة تتناول موضوعاً في غاية الأهمية وذلك لتعلقها بالثروة النفطية أو ما يطلق عليه (الذهب الأسود) فالنفط يعتبر من أكثر الثروات الطبيعية في العالم قيمة ، ويوصف أيضاً بشريان الحياة فقد أصبح سلاح اقتصادي يفوق في أهميته وتأثيره أضخم الأسلحة العسكرية في الدول المتقدمة

وتسعى الدول المنتجة للبترول إلى الاستعانة بشركات أجنبية عملاقة وذلك لما لهذه الشركات من مقدرات اقتصادية ضخمة وليس ذلك فحسب، بل لما لها من قدرة على الاستكشاف والتنقيب وغير ذلك من العمليات النقطية المختلفة، وكان السبيل التنظيم لذلك هو إبرام عقود نفطية أخذت عدة أشكال بعد ما كان العقد يمتد إلى مائة سنة تراجعت في تلك الفترة إلى الربع ومن جملة ما تضمنت تلك العقود شرط التحكيم في عقود البترول وقد عملت الشركات النفطية على تضمين هذه العقود هذا الشرط حماية لمصالحها وهروباً من اللجوء إلى القضاء الوطني الذي يجد فيه المستثمر أو الطرف الأجنبي كثير من المتاعب والعقبات في سبيل حماية مصالحه وضمان حقوقه، عند حدوث أي نزاع بسبب تنفيذ بنود العقد أو تفسيره.

وشرط التحكيم في عقود النفط يثير مسألة الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود، حيث أن الدولة طرف في العقد وهناك كثير من فقهاء القانون يرون أن هذه العقود عقود إدارية لتحقق سمات وصفات العقود الإدارية وبعضهم يرى أنها اتفاقات دولية ومسايرة للتطور العصري في مجال التحكيم فقد تبنت دولة الكويت في عام 1980 قانوناً حديثا ، القانون رقم 38 لسنة 1980 ، خاصا

بالمرافعات المدنية والتجارية اشتمل الباب الثاني عشر منه على المواد من 173 إلى 188 تتعلق بالتحكيم ونطاقه وشروطه وإجرءاته ، أثر نصوص القنون المصري المتأثر بدوره بالقانون الفرنسي

وتعالج هذه الدراسة التحكيم في عقود البترول كونها نموذج من نماذج العقود الإدارية التي تكون فيها الإدارة طرفاً باعتبارها صاحبة سلطة ونفوذ مستمرة في القوانين والأنظمة.

وقد استخدمت الباحثة المنهج التاريخي في ما يتعلق لتوضيح عقود البترول وطرق التحكيم وإجراءات والمنهج التحليلي المقارن في ما يتعلق بتحليل النصوص التشريعية ومقارنتها مع الدول الأخرى بحسب الحاجة وستقوم الباحثة ببيان ذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية التحكيم في عقود البترول

الفصل الثاني: آثار التحكيم في العقود البترولية والقانون الواجب التطبيق

مشكلة الدراسة:

بيان التحكيم في عقود البترول كونها نموج من نماذج العقود الإدارية التي تكون فيها الإدارة طرف باعتبارها صاحبة سلطة ونفوذ مستمدة من القوانين والأنظمة، ونستطيع أن نضمن حقوقها دون اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، ولجوئها إلى التحكيم يجعلها في مركز متساوي مع المتعاقد الآخر وفي هذه الحالة تكون قد تنازلت عن الامتيازات والسلطات الممنوحة لها بموجب القوانين والأنظمة، فهل تملك مع ذلك خاصة أن التحكيم في الأصل نظام قانوني يرتبط بالقانون الخاص وله مبررات عديدة.

عناصر المشكلة:

العنصر الأول : بيان ماهية التحكيم في العقود الإدارية.

العنصر الثاني : اللجوء إلى التحكيم في عقود البترول.

أهداف الدراسة :

يمكن تلخيص أهداف الدراسة في النقاط التالية:

1. بيان مفهوم التحكيم وأساسه التشريعي في العقود الإدارية.
2. بيان الطبيعة القانونية للتحكيم في عقود البترول.
3. التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود البترول.
4. بيان القانون الواجب التطبيق في عقود البترول.

محددات الدراسة:

وتقسم المحددات إلى:

1. محددات زمانية: فترة سريان التشريعات الكويتية والتشريعات الأردنية المتعلقه بالتحكيم
2. محددات مكانية النطاق الجغرافي لدولة الكويت مقارنة والتطرق إلى دول أخرى حسب الحاجة.
3. محددات موضوعية ستتناول الباحثة التحكيم في عقود البترول دون التطرق إلى التحكيم في العقود الادارية الأخرى.

فرضيات الدراسة:

تنطلق الدراسة من الفرضيات التالية:

1. التحكيم في عقود البترول هو عبارة عن إجراء تلجأ له الإدارة عندما ينص القانون على ذلك.
2. إن معظم الدراسات التي جرت في هذا الموضوع تناولت الجزء القانوني وبالتحديد موضوع القانون الواجب التطبيق في مجال التحكيم سواء على الإجراءات أم على موضوع النزاع ولم تلتفت هذه الدراسات إلى النظام الإجرائي لموضوع التحكيم.
3. شروط التحكيم في عقود البترول مشروع عندما يسمح المشرع للإدارة بتسوية نزاعاتها بهذه الطريقة، وعندما يكون طرفي العقد بنفس المركز القانوني.

أهمية الدراسة:

تمكن أهمية التحكيم في عقود البترول:

1. إن دراسة النظام القانوني لهذه العقود تلزمنا بدراسة أهم الحقوق التي يتمتع بها الأطراف والناتجة عن الدخول في هذه العقود والتي تعد كذلك مصدراً رئيساً من مصادر النزاع في هذه العقود.
2. إن دراسة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية تجعلنا بالتزام بدراسة النظام الإجرائي لعملية التحكيم التي غفلت عنها معظم الدراسات القانونية التي اكتفت بموضوع القانون الواجب التطبيق دون دراسة مرحلة تشكيل الهيئة.
3. جذب المتعاقد مع الإدارة.
4. تقليل النزاع وتسوية المنازعات وما تتطلبه من السرعة والسرية وهنا يأتي دور التحكيم لتوفير هذه المتطلبات.
5. اطمئنان المستثمر وتوفير التسهيلات اللازمة.
6. ضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة.

الدراسات السابقة:

سيعتمد الباحث على الدراسات التالية للارتكاز عليها، وهذا ما هو متوفر في حدود علم الباحث.

1- الرسائل الجامعية :

أ- عصام الدين سعيد النور، لسنة (2015) **التحكيم في منازعات عقود البترول** (دراسة مقارنة) جامعة أم درمان الإسلامية [1].

ملخص الرسالة:

التحكيم وسيلة من وسائل فض المنازعات.

ب-سراج حسين محمد أبو زيد لسنة (1998) **التحكيم في عقود البترول**، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس [2].

---

[1]عصام الدين سعيد النور، لسنة (2015) التحكيم في منازعات عقود البترول (دراسة مقارنة) جامعة أم درمان الإسلامية.

[2]سراج حسينة محمد أبو زيد لسنة (1998) التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس.

ملخص الرسالة:

إن اللجوء إلى التحكيم أقل في التكاليف وأسرع من الإجراءات من الالتجاء إلى المحاكم الوطنية.

ج- أحمد سعدون لفته 2016 ، **شرط التحكيم في عقود البترول** ودراسة مقارنة ، جامعة المنصورة[1].

ملخص الرسالة:

تؤدي عقود البترول دوراً فاعلاً في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المنتجة، ويعد التحكيم من أهم الوسائل التي تسعى أطراف عقود البترول الاتفاق عليه من أجل تسوية أي منازعة قد تحصل بين الطرفين وغالباً ما يكون هذا الاتفاق على شكل شرط أو بند يتضمنه العقد الأصلي (شرط التحكيم) الموقع بين الطرفين.

د- قاصد فاضل الشمري 2016 ، **مدى كفاية قواعد التحكيم في حل منازعات الاستثمار الأجنبي** (دراسة مقارنة) ، جامعة آل البيت [2]

ملخص الرسالة:

يعد التحكيم من اهم الضمانات القضائية والاجرائية لحقوق المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار، وإن أغلب المنازعات الخاصة باتفاق التحكيم يتم تسويتها من خلال الاتفاق الصريح لأطراف النزاع خاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق، شريطة عدم تعارضها مع النظام العام، أما حلة غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فإن المحكم يلعب دوراً أساسياً في الكشف عن ذلك من خلال بحثه عن الادارة الضمنية للأطراف.

هـ- سمير عبود فرحان 2017 ، **القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم** دراسة[3] مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي ،جامعة الشرق الأوسط .

---

(1) أحمد سعدون لفته 2016 ، شروط التحكيم في عقود البترول (دراسة المقارنة) ، جامعة المنصورة .

(2) قاصد فاضل الشمري 2016 ، مدى كفاية قواعد التحكيم في حل منازعات الاستثمار .

(3)الأجنبي (دراسة مقارنة) ، جامعة آل البيت .

ملخص الرسالة:

على الرغم من الدور الريادي والمهم الذي يتصدى له التحكيم في معظم دول العالم وعلى الرغم من ان المشرع الأردني قد خطى خطوات مهمة على الصعيد التشريعي بتحديث قانون التحكيم إلا انه نجد على الصعيد العملي عدم الرغبة بالاخذ في هذا النظام كوسيلة من الوسائل الناجحة لحل المنازعات، وأن التشريع الكويتي يعد من التشريعات المتأثرة في تنظيم أحكام التحكيم مقارنة بغيره من التشريعات.

الفصل الأول

ماهية التحكيم في عقود البترول

لم يعد النفط مصدر للإنارة بل أصبح يدخل في صناعات كثيرة وأصبح عصب الحياة في كافة أنحاء العالم، ولا تقتصر أهمية النفط في الوقت الحالي على الحياة الاقتصادية وحدها بل تعداها إلى كثير من المجالات الحياة المختلفة ولأجل النفط تكونت شركات عالمية عملاقة، ميزانية الشركة الواحدة منها تعادل ميزانية عدة دول من دول العالم الثالث وعملت على استخراج النفط وفق عقود بينها وبين الدول النفطية وتضمنت هذه العقود شروط التحكيم الذي أخذ في التطور بتطور عقود النفط وستقوم الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لعقود البترول

المبحث الثاني : شرط التحكيم في عقود البترول

المبحث الأول

طبيعة عقود البترول القانونية

اختلفت التسميات التي أطلقت على عقود البترول، فقد سماها بعض الفقهاء بالامتيازات البترولية، وكذلك أطلق عليها الاتفاقات البترولية، وكذلك سميت عقود البترول.

وتعد عقود البترول من العقود الاستثمارية، وكذلك تدخل هذه النوعية من العقود من العقود المسماه بعقود الدولة، وكذلك يطلق عليها اسم عقود التنمية الاقتصادية، وتتميز هذه العقود بكثرتها وتنوعها بدءاً بعمليات الاستكشاف والتنقيب عن النفط الخام وانتهاءاً بالانتاج والتسويق [1]

وعليه ستقوم الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

1. المطلب الأول : الطبيعة الإدارية لعقود البترول
2. المطلب الثاني: الطبيعة الدولية لعقود البترول
3. المطلب الثالث: الطبيعة التجارية لعقود البترول

---

[1] أحمد سعدون لفته 2016 ، شروط التحكيم في عقود البترول2016 ، رسالة ماجستير ، جامعة المنصورة

المطلب الأول: الطبيعة الإدارية لعقود البترول

بالنظر إلى عقود البترول نجد أن الدولة تعد أحد أطراف العقد، حيث تقوم الدولة ممثلة بوزارة النفط أو أحد هيئاتها العامة في التعاقد مع الشركة الراعية باستكشاف النفط-الطرف الأجنبي-كما أن العقد يبيح للدولة حق الرقابة والتفتيش وحقوق أخرى يضمنها العقد، وهناك اعتقاد بأن القطاعات النفطية تعد أحد مرافق الدولة، وكل ما سبق يوحي بأن العقد النفطي عقد إداري بل أن هناك من يرى أن العقد النفطي هو أساس العقد الإداري.

إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك، فالعقد النفطي لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً لعدم توافر شروط العقد الإداري وهي الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري[1] ويتضح مما سبق أن العقد الإداري تميز عن غيره بخصائص وشروط تميزة عن غيره من العقود، وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فروع:

الفرع الأول: أطراف عقد البترول

الفرع الثاني: تضمين العقد شروطاً استثنائية

الفرع الثالث: تعلق العقد بتسيير مرفق عام

---

[1] سراج ابوزيد ،1998 التحكيم في عقود البترول رسالة دكتوراه جامعة عين شمس

الفرع الأول: أطراف عقد البترول

تظهر أهمية التعريف بأطراف أي عقد كان في مدى مساهمته في معرفة القضاء المختص بتسوية النزاعات وتعيين القانون الواجب التطبيق.

وبما أن عقود البترول من العقد الدولية أي أن الدولة هي أحد أطراف العقد، والطرف الآخر هو المتعاقد الأجنبي.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بالقول: "من البديهي أن العقد الإداري الذي لا تكون الإدارة أحد أطراف لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية" ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة [1].

ويستوي في ذلك أن يكون العقد من العقود المحددة طبيعتها الإدارية من قبل المشرع مثل عقد التوريد وعقد الاشغال العامة وعقد النقل أو يكون وفقاً للضوابط المستخلصة من أحكام القضاء ويمكن تقسيم أشخاص القانون العام إلى:

أولاً: أشخاص اقليمية: وهي التي حددت على أساس اقليمي كالدولة والمديريات والمحافظات والمدن والقرى.

ثانيا: أشخاص عامة مرفقية: كالهيئات والمؤسسات العامة قبل أن تلغى الأخيرة في مصر.

ثالثا: أشخاص عامة مهنية كالنقابات والاتحادات المهنية.

---

[1] المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1964/3/7 المجموعة العشرية، ص1042.

وان القضاء الإداري المصري لم يأخذ بتلك التفرقة التي كانت قائمة في فرنسا بين الأشخاص العامة المركزية والأشخاص العامة المحلية حيث كانت عقود الأول دون عقود الثانية هي التي تعد عقوداً إدارية حتى لو توافرت في العقود التالية مقومات العقد الإداري إلا أن القضاء الفرنسي وضع نهاية لتلك التفرقة، كما يجب أن تتعاقد الدولة أو أحد أشخاصها بوصفها سلطة عامة، فإذا أبرمت العقد بأي صفة أخرى غير هذه الصفة انتفت الصفة الإدارية عن هذا العقد وكان من عقد القانون الخاص[1].

فإذا تضمن العقد هذه الشروط مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري، إلا أن الشرط الذي بمقتضاه لا يكون العقد إدارياً إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً معنويا عاماً ليس شرطاً مطلقاً بل ترد عليه استثناءات اعتبر فيها القضاء العقد إدارياً بالرغم من إبرامه بين أشخاص القانون الخاص وهذه الاستثناءات قد تكون ظاهرية أو حقيقية[2].

1. الاستثناء الظاهري

في هذه الحالة يبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ويتصرف أحدهما باعتباره وكيلاً عن الشخص المعنوي العام بمقتضى وكالة بينهما صريحة أو ضمنية[3].

وهذا الاستثناء لا يعد استثناءً حقيقياً عن الشروط أو المبدأ الذي يقضي بأن العقد يكون إدارياً ما لم يكن الشخص المعنوي العام طرفاً فيه ذلك أن الوكيل ليس إلا وسيطاً، فالعقد المبرم بواسطته يعد كما لو كانت قد تم إبرامه بواسطة الشخص نفسه وهو الأمر الذي قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية إذ جاء في حكمها لما كان النائب يعمل باسم الأصيل فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل وتتولد عن النيابة علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير، وهما اللذان ينصرف

---

[1] السنوسي صبري محمد لسنة 2008 العناصر الأساسية في العقود الإدارية وأهم بنود العقد الإداري مركز البحوث والاستشارات القانونية – القاهرة، ص2.

[2] الحلو ماجد راغب (مرجع سابق) ص12.

[3] الجميلي محمد عبد الواحد لسنة 1997، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي ولمصري دار النهضة العربية ص74.

إليهما أثر العقد فيكتسب الأصيل الحقوق التي تولدت له من العقد ويطالب الغير بها دون وساطة النائب، كما يكتب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ويرجع بها مباشرة على الأصيل[1].

2. الاستثناء الحقيقي:

بعيداً عن فكرة الوكالة التي تمثل استثناءاً من المبدأ العام فإن القضاء الفرنسي افترض استثناء حقيقياً وحيث صدرت مجموعة أحكام تطرق بأن العقود المتعلقة بالاشغال العامة تغيرت بواسطة بعض شركات الاقتصاد المختلط والتي تعد من أشخاص القانون الخاص، مع مقاولين يمكن أن تكتسب صفة الإدارية على أساس أن هذه الشركات إنما تتصرف لحياة الشخص المعنوي العام[2].

ولا يكتفي أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً بل يستلزم أن تتصرف الإدارة عن تعاقدها بوصفها سلطة عامة وذلك بأن يتضمن العقد بعض الصفات وشرطه وموضوعه وبفكرتي السلطة العامة والمرفق العام وهما المحوران الأساسيان للقانون الإداري فإما أن يتضمن العقد استخدام امتياز السلطة العامة والمتمثلة في وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاصة[3].

الفرع الثاني: تضمين العقود شروطاً استثنائية

إن العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها ليست سواء فمنها ما يعد إدارياً تأخذ منها الإدارة بوسائل القانون العام بحيث تتمتع هي والمتعاقد معها بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها متعاقد والقانون الخاص، وقد نزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقود مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص[4].

لذلك فإن من المفترض عدم الاكتفاء بأن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً لوصفه بأنه عقد إداري ذلك أن من المحتمل أن تكون الإدارة قد اختارت أسلوب القانون الخاص ولذلك كان لا بد من وجود دليل على اتجاه نية المتعاقد إلى الأخذ بأسلوب القانون العام في إدارة المرافق العامة،

---

[1] المحكمة الإدارية العليا في 1968/11/23 الموسوعة الإدارية الحديثة، ص624.

[2] الجميلي محمد عبد الواحد (مرجع سابق)، ص76.

[3] الحلو ماجد راغب (مرجع سابق)، ص18.

[4] ورد ذلك في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1968/2/24.

أو بعيد عن رغبتها في خضوع العقد لقواعد القانون الإداري لا قواعد القانون المدني وقد اعتمد القضاء في الكشف عن نية المتعاقد في اختيار أسلوب ووسائل القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه[1].

أولاً: موقف القضاء الإداري

في العديد من الأحكام نجد أن القاضي يكتفي بالإشارة إلى أن العقد يتمتع بالصفة الإدارية لاحتوائه على شروط استثنائية أو ينفي عنه هذه الصفة لعدم احتواء العقد عليه دون أي تحديد آخر أي دون أن يحدد ماهية هذه الشروط وماهية مقوماتها وفي أحيان أخرى نجده يحاول أن يبرز الشروط التي تعتبر في تقدير استثنائه وتكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد[2].

ويعرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية وغير المألوفة بأنها "تلك الشروط التي تمنح المتعاقدين حقوقاً أو تضع على عاتقهم التزامات غريبة يطبقها عن تلك التي يمكن أن يقبلها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية أو التجارية[3].

ثانياً: موقف الفقه من الشروط الاستثنائية

أمام هوية تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وعدم إمكانية الاعتماد على أحكام القضاء فقد حاول بعض فقهاء القانون تعرفها أو وضع معيار محدد لها، نود من تلك التعريفات :

- "هي كل شرط سيكون باطلاً لإدراجه في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام[4].

---

[1] الطماوي سلمان لسنة 1991 الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ص78.

[2] الجميلي محمد عبد الواحد، (مرجع سابق)، ص116.

[3] الشريف، عزيزة لسنة 1981، دراسة في نظرة العقد الإداري، دار النهضة العربية، ص50.

[4] جعفر أنس قائم لسنة 2007 العقود الإدارية، دار النهضة، ط ، ص38.

- "هي تلك الشروط التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد المدنية والتجارية ليس بسبب مخالتفها للنظام العام أو استحالتها ولكن لأنها تتسم بطابع السلطة العامة بالنسبه لما اعتاده الأفراد في عقود القانون الخاص"[1].

والحقيقة أن من أسباب الصعوبات التي تحيط بتعريف الشروط الاستثنائية–غير المألوفة أن الفقه يحاول تعريفها بالمقارنة بالشروط التي يمكن أن توجد في العقود الخاضعة للقانون المدني مع أن قياس القانون الإداري على القانون المدني غير دقيق لاختلاف الفلسفة التي تحرك كل فرع فيها فالأول يحكم علاقات ومصالح متساوية أما الآخر فيحكم علاقات ومصالح تغلب المصالحة العامة التي تمنح الإدارة سلطات لا يملكها أحد أطراف العقد المدني في مواجهة الطرف الآخر [2].

الفرع الثالث: تعلق العقد بتسيير مرفق عام

يقصد بالمرفق العام كل نشاط يهدف إلى أداء خدمة عامة تقوم به الإدارة مباشرة أو يقوم به أحد أفراد تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطاق القانون العام[3].

ويعرف القضاء الإداري المصري بأنه "كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح في الدولة والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة""[4].

والأخذ بالمفهوم الواسع للمرفق العام من شأنه عدم التقيد بنوع معين من المرافق العامة لإخفاء الصفة الإدارية عن العقد، حيث يمكن اعتبار المرافق التجارية والصناعية مرافق عامة وهو الأمر الذي حكم به القضاء الإداري إذ ورد في أحد أحكامه "ان التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجارية مع أنه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر

---

[1]خليفة عبد العزيز عبد المنعم لسنة 2005، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة الولاء الحديثة، ص39.

[2]رباح عشات، 1988، العقد التجاري الدولي، دار الفكر اللبناني، ص170

[3]أحمد منصور محمد لسنة 1999، العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري، ص35 وقواعد إبرامه، دار النهضة، ص10.

[4]الدكتور أحمد خليل 2003 ، قواعد التحكيم ، ص70 .

أن الهدف الرئيسي لمثل هذا المرافق ليس تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافق الأخرى وما الربح الذي يحققه إلا أثراً من الآثار المترتبة على المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية[1]

ففكرة العقود التجارية يجب أذن ألا تقتصر على المرافق العامة الإدارية بل يجوز أن تباشرها المرافق العامة الأخرى، كالمرافق التجارية والصناعية، فتعتبر العقود التي تبرمها عقوداً إدارية إذا توافرت فيها شروط العقد الإداري[2].

ولكن من الناحية العلمية فإن المرافق التجارية تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في مباشرة نشاطها بل يمكن القول أن القضاء يتخذ من طبيعة المرافق التجارية أو الصناعية قرينة على الصفة الإدارية للعقود التي يبرمها[(3)].

أما في مصر فعلى الرغم من أن القضاء لم يأخذ بالتفرقة بين عقود المرفق التجاري أو الصناعي والعقود مع غيرهم مما يعني أن عقود المرفق التجاري والصناعية من المنتفعين يمكن أن تعد إدارية إذا توافرت فيها مقومات العقد الإداري.

من الناحية العلمية، وأما في فرنسا فقد أصبح عنصر المرفق العام كافياً بذاته منذ عام 1956 لصيغ العقد بالطابع الإداري ولو لم يحتوي العقد على شروط استثنائية إلا أن القضاء الفرنسي لا يكتفي بمجرد صلة العقد بالمرفق العام وأصبحت كل العقود الإدارية عقود إدارية. [(4)]

[(1)] قواالمحكمة الإدارية العليا المصرية لسنة 1959، مجموعة الاحكام ص160 .

[(2)] عياد أحمد عثمان لسنة 1973 مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية دار النهضة ص19 .

[(3)]الجميلي، محمد عبد الواحد (مرجع سابق)، ص18.

[(4)]عبد الباسط محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص99.

المطلب الثاني: الطبيعة الدولية لعقود البترول

ظهرت فكرة تدويل عقود النفط أثناء قيام إيران بتأميمات قطاعات النفط التي كانت الشركات البريطانية تقوم باستغلالها وظهر من ينادي بأن عقود النفط هي معاهدات دولية إلا أن الجدل الحقيقي بدأ من مؤتمر البترول العربي السادس في بغداد، حيث أثيرت مسألة الطبيعة القانونية لعقود البترول ومدى اعتبار مرفق النفط من المرفق العام من عدمه وقد نزع هذا.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مصادر القانون الدولي العام وعقود البترول

الفرع الثاني: العرف الدولي

الفرع الثالث: أحكام التحكيم

الفرع الأول: مصادر القانون الدولي العام وعقود البترول

المصدر بالمعني العام هو المنبع الذي تنبثق منه حقيقة معينه، ومصادر القانون هي الينابيع التي تخرج منها القواعد القانونية[1].

ويقصد بالمصادر القانون الدولي المصادر الشكلية التي يمكن عن طريقها استخلاص أحكام القانون الدولي ، أي المصادر الوضيعة المباشرة التي تستمد فيها القواعد القانونية كيانها الخارجي

وقد حددت المادة (38) الفقرة (1) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادر التي يستمد منها القانون الدولي أحكامه فنصت المادة على ما يأتي :-

" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تدافع إليها وفقاً لاحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن :

---

[1]د.عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الأول (القانون) ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت 1972 ص375.

أ- الاتفاقت الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعه

ب-العادات الدولية المدعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة .

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا وذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مراعاة احكام المادة (59) .

2- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والانصاف متي وافق الأطراف على ذلك "

الفرع الثاني : العرف الدولي

يعتبر العرف الدولي من المصادر التي نصت عليها المادة (38) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية أو كما أسمتها المادة ذاتها " العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال " ويعتبر العرف الدولي من أقدم مصادر القانون الدولي ، فقد احتل العرف فيما مضي وكان الصدارة من بين هذه المصادر ، فالعديد من القواعد الدولية الراهنه ، مثل تلك المعاهدات الدولية ، والتحكيم والمسؤولية الدولية واستعمال وأستغلال البحار والعلاقات الدبلوماسية والقنصلية وحصانات الدول، والاعتراف بها وحقوق الاجانب هي قواعد عرفية بالأساس.

الفرع الثالث: أحكام التحكيم

نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن "وظيفة المحكمة تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي وتطبق في هذا الشأن أحكام المحاكم" ويذهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وسوف استعرض أحكام المحاكم الدولية ومركز واشنطن لتسوية المنازعات.

1. أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية

عند دراسة الأحكام الصادرة عن القضاء الدولي سواء تلك التي أصدرتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي أم محكمة العدل الدولي تصل إلى تقرير الحقيقة الثانية التالية وهي أن الأحكام لم تقرر تدويل العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها مع طرف أجنبي بل اعتبرت هذه العقود بمثابة تصرفات قانونية داخلية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة حيث ذهبت إلى قضية القروض العربية والبرازيلية إلى أن "لكل عقود لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني للدولة ما ويختص فروع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون[1].

وأكدت المحكمة على أنه "لما كان الطرف المقترض عقد القرض في دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذه القروض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها[2].

فقد سارت محكمة العدل الدولية بنفس الكيفية التي سارت بها سابقتها وذلك في قضية شركة الانجلو – إيرانية للنفط، وقد ورد في الحكم أن العقد المبرم بين إيران والمملكة المتحدة لا يعد معاهدة وإنما مجرد عقد" ولم تحدد المحكمة القانون واجب التطبيق وذلك لأن المسألة لم تعرض في الأساس على المحكمة[3].

2– أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات

في عام 1962 أسست الشركة الفرنسية Agip في الكونغو شركة تخضع للقانون الكونغولي ويطلق عليها شركة Agip Brazaville وكانت تملك 90% من أسهم الشركة المذكور مملوكة للشركة الفرنسية Agip في حين نسبة 10% المتبقية من رأس المال من نصيب الشركة السويسرية الدولة القابضة ولقد قامت الشركة بممارسة نشاطها التجاري في توزيع النفط في 1956 وبتاريخ 12 يناير 1974 تم تأميم توزيع الموارد النفطية في الكونغو بمقتضى القانون رقم العام 1974 والذي قام

[1]حكم القروض العربية منشور في C.P.11.12 Juillei 1929 ser A, No

[2]حكم القروض البرازيلية منشور في CP.11.12 Juillei 1929 ser ANo 20 specp 121

[3]حكم شركة النفط الإيرانية منشور في CPJ1, Rec 1952, P. 112

بنقل أموال الشركات المؤممة إلى أحد شركات الدولة ولقد شمل التأميم المذكور جميع الشركات العاملة في مجال توزيع النفط باستثناء شركة Agip والتي أبرمت في 1974 أي قبل حدوث التأميم بعشرة أيام وفقاً لنصوص هذا الاتفاق فقررت الشركة بأن تتنازل عن عدد من الأسهم في الشركة بـ 50% من رأس مالها وموافقة الحكومة على أن تظل الشركة مختفظة بصفتها كشركة مساهمة من شركات القطاع الخاص وقد اتفق الطرفان على أن كل المنازعات المتعلقة بتطبيق أو تفسير الاتفاق يتم العمل فيه نهائياً وفقاً للاتفاقية الخاصة بحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[1].

وترى الباحثة: إن عقد القرض في دولة ذات سيادة، يكون العقد الواجب التطبيق هو قانونها الداخلي.

[1] الجمال مصطفى (مرجع سابق) ص169

المطلب الثالث: الطبيعة التجارية لعقد البترول:

إن عقود النفط في أساس عقود إدارية على الاعتبار التي من أيد مثل هذا الرأي وقد كان التصدي من قبلهم لمن أراد تدويل عقود النفط في الفقه العربي خدمة لمصالح الشركات النفطية ومن بعدهم الدول الصناعية المتفيدة الأول من إنتاج النفط بكميات وفيرة وبأسعار تناسبهم وينبغي أن تبحث التكيف الحقيقي لعقود النفط بعيداً عن العواطف وذلك بدراسة العقد من كافة جوانبه القانونية والنظر إلى أطرافه بغض النظر عما إن كان أحدهم دولة أو ضخامة المشروع النفطي الذي تقوم الشكرات الكبرى بتمويله والانفاق عليه وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول : أنواع العقد الدولي وخصائصه

الفرع الثاني: المعيار القانوني

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي

الفرع الأول: أنواع العقد الدولي وخصائصه للعقود الدولية أنواع وخصائص يتم بيانها على الشكل الآتي:-

أولاً: أنواع العقود الدولية

تتوع العقود الدولية بتنوع الحاجات التي تقوم بإشباعها ولكن يمكن بصفة عامة تقسيم العقود المبرمة من حيث النظر إلى موضوع العقد ومحله إلى عقود بسيطة وعقود أخرى معقدة والعقود البسيطة هي "تلك العقود المتعلقة بمتطلبات بسيطة ويكون محلها نقل البضائع وتقديم الخدمات"[1].

فتلك العقود تتميز بأن موضوعها يتسم بعدم الحاجة إلى تقنية علمية أو أسرار تكنولوجية حيث تحتاج إلى الخبرة والاتفاق في أداء العمل المتمثل في نقل البضائع أو الخدمات لأماكن بعيدة وهذه العقود البسيطة يطلق عليها وصف العقود التقليدية مثل عقد البيع الدولي وعقد النقل وتتميز هذه العقود ببساطتها في التنفيذ نظراً لأن موضوعها يعتمد على تكرار حدوثها في التعاملات اليومية حيث يبرم يومياً في مختلف أنحاء العالم الكثير من تلك العقود وذلك نتيجة للتقدم في وسائل المواصلات والاتصالات كما أن هناك فرقاً آخر فالعقود البسيطة مماثلة للعقود المحلية المعروفة كعقد البيع والنقل والمفاوضات في تلك العقود لا تأخذ فترات طويلة بالمقارنة بالعقود الدولية المعقدة والتي تستغرق وقتاً طويلاً أو عناية كبيرة كما أن العقود البسيطة تتسم بسهولة في التنفيذ والذي لا يتطلب مجهودات علمية أو تكنولوجية أو خبرة فنية كبيرة بل تعتمد على أسس معلومة على المستوى الوطني[2].

أما العقود الدولية المعقدة فهي تتمثل في كونها عقوداً تتطلب تجمع خبرات فنية وعلمية ووسائل تكنولوجية كبيرة يكون لها التأثير الواضح بعد التنفيذ على الحياة اليومية للأفراد وعلى إشباع حاجاتهم ورغباتهم وتأمينها بشكل كبير ويركز على تنفيذها أملاً في تحقيق آمالهم وتطلعاتهم ومن تلك العقود عقود إنشاء محطات تحلية المياه وشبكات الطرق الدولية[3].

---

[1]الأسعد بشار 2006، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، منشورات الحلبي، ص118.

[2]أبو طالب فؤاد محمد 2007، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي، القاهرة، ص99.

[3]خليل خالد عبد الفتاح محمد 2002، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة، ص7.

ثانياً: خصائص العقد الدولي

تتميز العقود الدولية بمجموعة من الخصائص والسمات اكتسبتها من الدور الكبير الذي تقوم به ومن الصفة الدولية التي تقترن بهاه، ومن أهمية وصعوبة الموضوعات التي يرد عليها محلها وهو الأمر الذي أدى إلى اكتسابها مجموعة من الخصائص والصفات جعلتها تتميز دون عندها بهذه الصفات وتوجز فيما يأتي:

1. استقر منذ فترة طويلة في النظم التشريعية المختلفة والاتفاقيات الدولية الخاصة بالعقود الدولية، المبدأ القانوني المتمثل في حرية الأطراف في اختيار قانون العقد[1].
2. يتفرع عن الخاصة الأولى خاصية أخرى تتميز بها العقود الدولية ولم تظهر في غيرها من العقود وهي خاصية التنظيم الذاتي الاتفاقي بين الأطراف على الجانب الموضوعي للعقد حيث لم يقتصر على العقد الدولي بل امتد ليشمل تهميش دور القانون الحاكم للعقد والاتفاق التشغيلي بين الأطراف كافة والجوانب المتعلقة بعقدهم وكيفية تشغيلها بحيث تصبح تلك العقود منظمة لذاتها.
3. يعتبر لجوء أطراف العقد الدولي إلى التحكيم لإنهاء الخلافات التي تنشأ من سمات العقود الدولية على الرغم من أنه قد يتم اللجوء إلى التحكيم في نطاق العقود الوطنية إلا أننا لا نستطيع أن ننكر أن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وحلها وقد ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بالعقود الدولية فلا يكاد يخلو عقد دولي منه وذلك لأهميته في مجال التجارة الدولية .
4. تتميز الغالبية العظمى من العقود الدولية بأن تنفيذها يستغرق عادة فترة طويلة يجد الأطراف خلالها أنفسهم عرضة لتغييرات اقتصادية وسياسية واجتماعية والتي تؤثر على إمكانية التنفيذ أو حتى تقضي إلى تغيير التوازن المطلوب في العلاقة القائمة بين الأطراف حيث تؤدي إلى عدم جدوى أو منفعة العقد نتيجة لتغيير تلك الظروف[2].
5. تتميز العقود الدولية أيضاً بتعدد الأطراف المشاركين في تلك العقود حيث يحيط العقود الدولية عدد كبير من الأطراف يتشاركون في تخطيط وتنفيذ تلك العقود ويتعاونون فيما

---

[1] سلامة عبد الكريم لسنة 1997، قانون التحكيم الداخلي الدولي، القاهرة، ص58.

[2] بربري محمود مختار أحمد (مرجع سابق) ص139.

بينهم ففي المشروعات الدولية والمعقدة منها والتي يرد موضوعها على أداء والتزام كبير كما هو الحال في موضوع الدراسة[1].

6. إن العقود الدولية تحاط عادة بمجموعة كبيرة من المشكلات وذلك بسبب اختلاف بيئات أطراف العقد وتعدد وتشابك الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد[2].

الفرع الثاني: المعيار القانوني

وفقاً لهذا المعيار فإن العقد يعد عقداً دولياً فيما لو إتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، أي أن الصفة الأجنبية تكون قد تطرقت لأحد عناصره (الطراف –الموضوع – واقعته المنشئه – هدفه – محل إبرامه)

يقوم هذا الاتجاه على فكرة أساسية مؤداها أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[3].

وهكذا يعد عقد البيع دولياً وفقاً لهذا النظرية فيما لو أبرم في باريس بين فرنسي مقيم في بلجيكا وتقلق ببضاعة كائنة في ايطاليا ومطلوب تسليمها هناك على أن يتم دفع الثمن في فرنسا فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لاتصال عناصره بثلاث دول أي بأكثر من نظام قانوني واحد[4].

وعلى ذلك فإنه يتعين القول بدولية العقد أن تكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة فإذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع فإنها تكتسب على هذا النحو الطابع الدولي في هذه الحالة بأكثر من نظام قانوني واحد[5].

على الرغم من أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منهما على انقسام هذه الرابطة بالطابع الدولي، ويميل الفقه التقليدية إلى التسوية

---

[1] الحداد حفيظة السيد (مرجع سابق) ص88.

[2] صادق هشام لسنة 2007، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ص73.

[3] شعبان حسام أسامة محمد 2008، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الاسكندرية، ص350.

[4] صادق هاشم، مرجع سابق، ص74.

[5] يوسف وائل عز الدين 2010 التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة، ص13.

بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص وعلى ذلك يعتبر العقد دولياً في مفهوم هذا الرأي فيما لو كان أطرافه أحدهما متمتعاً بجنسية أجنبية وفقاً لهذا المعيار فيما لو كان المال محل التعاقد كائناً في دولة أجنبية أو كان العقد قد أبرم أو نفذ في غير دولة القاضي[1].

ويتسم المعيار القانوني لدولية العقد وفقاً لهذا النظر بالجمود لأنه يؤدي إلى اعمال أحكام القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة ولهذا يعمل جانب من الفقه المعاصر التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق إليها الصفة الاجنبية – بين العناصر الفاعلة والمؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة[2].

وعلى ذلك فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي أهمية من عناصر العقد إلى عنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في شأن الرابطة العقدية المطروحة فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة على النحو المفهوم في القانون الدولي الخاص فلا يعقل أن يعد عقداً دولياً على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنوع في دولة أجنبية ويشير الفقه في هذا الصدد إلى أن الجنسية الأجنبية للتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساساً لاختفاء الطابع الدولي على هذه العقود وعلى ذلك فالعقد الذي يقوم بمقتضاه أجنبي متوطن في مصر بشراء البضائع اللازمة لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية لا يثير مشكلة تنازع القوانين وإنما تخضع العلاقة العقدية بين المشتري الأجنبي والبائع المصري في حالتنا للقانون الوطني[3].

والأمر لا يختلف في شأن عقد النقل البحري والذي يقوم معيار دوليته على أساس اختلاف دولتي القيام والوصول بغض النظر عن جنسية أطراف العقد ومن ناحية أخرى فإنه ورغم أن محل إبرام

---

[1] ابراهيم فائز محمد لسنة 2006 القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادية، دار الفكر، ص84.

[2] فرحان سامي مصطفى لسنة 2006، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، القاهرة، ص42.

[3] صادق هاشم، عقود التجارة الدولية، (مرجع سابق)، ص75.

العقد يعد معياراً مؤثراً عند اسناد العقود من حيث الشكل فإنه كثيراً ما يكون عنصراً محايداً لا يصلح أساساً لإخفاء الطابع الدولي على الرابطة العقدية من حيث الموضوع خاصة إذا كان إبرام العقد مع دولة أجنبية قد تم بناءً على محض الصدفة وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدت جنسيتهما يعد من العناصر الحاسمة أو المؤثرة في اضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري[1].

ومن جهة أخرى فإن نسبية الطابع الدولي قد تبدو في إطار العقود المنتمية إلى نوع واحد وذلك فيما لو اختفت طبيعة المسألة الطروحة وعلى ذلك فإن اشترى مصري مقيم في مصر سيارة يابانية الصناعة من مصري آخر يقيم في مصر ويحترف تجارة هذا النوع من السيارات فإن العقد يعد عقداً داخلياً في هذا الغرض ويخضع لأحكام القانون المصري لأن العنصر الأجنبي المتمثل في صناعة السيارة في الخارج هو عنصر غير مؤثر ولا يضفي الطابع الدولي على النزاع الذي قد يؤثر بين المتنازعين في شأن مسؤولية البائع والأمر يختلف فيما لو تعلق النزاع بمسؤولية الشركة المنتجة للسيارة حيث يعد العنصر الأجنبي في هذا الغرض مؤثر مما يقضي الرابطة العقدية طابعها الدولي الذي يثير مشكلة تنازع القوانين أمام القاضي الذي طرح عليه دعوى الضمان[2].

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي

أستند القضاء الفرنسي (محكمة النقض) في تحديد الصفة الولية للعقد على معيار أقتصادي يعد بموجب العقد دولياً إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية، أي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة ما، ويترتب عليها حركة للأموال وانتقالها من مكان إلى آخر .

إن إيجاد معايير قانونية أو اقتصادية ليست مسألة حديثة النشأة فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية منذ بداية القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالتجارة الدولية من ذلك قرارها

[1]صادق هاشم، عقود التجارة الدولية، (مرجع سابق)، ص79.

[2]فرحان سامي مصطفى، تنازع القوانين في عقود التجارة (مرجع سابق)، ص109.

لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية رغم بطلان مثل هذا الشرط إن وجد في عقد داخلي [1].

وعملت المحكمة على تحديد المقصود بالعقد الدولي الذي يمكن أن تنطبق بشأنه تلك القواعد ولما كانت هذه القواعد تهدف إلى تحقيق مصالح تتعلق بالتجارة الدولية فقد لجأت المحكمة في بعض أحكامها إلى ما أسماه الفقه بالمعيار الاقتصادي لدولة العقد[2].

وبهذا معنى أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني وإذا كان توافر المعيار الاقتصادي يقضي لزوماً إلى تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد على هذا النحو فإن العكس غير صحيح إذا قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة[3].

ومن هنا يتبين أن المعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي ، وأن الأخذ بالمعيار الأقتصادي سيقضي بالضرورة إلى المعيار القانوني في حين أن العكس غير صحيح بالضرورة

---

[1] صادق هاشم، عقود التجارة الدولية، (مرجع سابق)، ص111.

[2] ابراهيم خالد ممدوح، (مرجع سابق)، ص85.

[3] عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، (مرجع سابق)، ص103.

المبحث الثاني

مفهوم شرط وإبرام التحكيم في عقود البترول

يعد التحكيم من اهم الوسائل البديلة في تسوية المنازعات خصوصاً في العلاقات الدولية الخاصه ولاتكاد تخلو عقود البترول من الشرط أو مشاركة التحكيم ، ويمثل البترول حالياً ثروة استراتيجية على جانب كبير من الأهمية وليس مجرد سلعة تجارية أو اقتصادية فقط وليس أدل من التطورات العالمية الحديثة من تدخلات وحروب وضغوط سياسية مختلفة كان دافعها الرئيسي هو البترول وغمكانية السيطرة عليه .

وهذه الأهمية الاستراتيجية تبدو أكثر خصوصية من حيث كون العقود البترولية بما تقوم عليه من استكشاف واستغلال للثروة البترولية لمدة زمنية طويلة وتتطلب الدقة من حيث وضع الشروط الملائمة التي تراعي مصالح الدولة صاحبة الثروة الطبيعية، والطرف الأجنبي باعتباره شريكاً في اسكتشاف واستثمار الثروة البترولية،

ويعدالتحكيم في مجال عقود البترول دون جدال تحكيم تجاري دولي لكون أطراف الخصومة هي الدولة وهي الطرف الرئيسي ومستثمر أجنبي وهو الذي يساهم باستثماره الخاص في تنمية الثروة البترولية للدولة المتعاقدة معه وفي مصر نص المشرع صراحة في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 في المادة الثانية "يكون التحكيم تجارياً في حكم القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي".

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:
المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم
المطلب الثاني: إبرام التحكيم في عقود البترول
المطلب الثالث: استغلال شرط التحكيم في عقود البترول وصوره

المطلب الأول: مفهوم شرط التحكيم

يعد التحكيم بنوعية شرط ومشارطه قضاء أستثنائياً وخروجاً عن الأصل العام ومن المعروف أن شرط التحكيم من المعروف أن شرط التحكيم بدأ في عقود الاستثمارات البترولية منذ القدم بالتحديد من عام 1938 وقد أصاب هذا الشرط العديد من التطورات بل أن هذا الشرط قد تأثر بما يطرأ على نظام التحكيم من تطور ففي البداية كان التحكيم حراً وبدأ التوسع في مراكز التحكيم وبعد التوسع في مراكز التحكيم نجد أن عقود البترول أخذت بنظام التحكيم المؤسسي.

كذلك كان للاتفاقيات الدولية التي نظمت التحكيم أثر كبير على تطور هذا الشرط.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تطور شرط التحكيم في عقود البترول

الفرع الثاني: تعريف التحكيم

الفرع الثالث: خصائص التحكيم وأنواعه

الفرع الأول: تطور شرط التحكيم

كانت بداية إصدار أول قانون بترولي حقيقي في مصر عام 1948 فصدر المرصوم الملكي 40 والمرسوم الملكي 141 لسنة 1948 والخاص بالترخيص لشركة الزيوت البريطانية بإنتاج البترول في منطقتي سنر وعسل في سيناء فقد نص البند 38 على أنه تحقيقاً لأغراض طرفي هذا العقد فالطرفين ولأسباب محددة واردة في هذا البند يحق للحكومة أو الشركة الأجنبية إحالة موضوع للتحكيم[1].

ويقرر مجلس التحكيم قبل الفصل في الموضوع إذا كان الأمر المحال هو ما يصح إلى أن يكون موضوع التحكيم بالمطابقة لنصوص العقد، كما يقرر مجلس التحكيم إجراء المرافعات التي تتبع والرسوم التي يتحملها متى يخسر دعواه كما أن هذا الحكم نهائي وغير قابل للطعن فيه كما تضمن اتفاقيات امتياز البترول بنظام المشاركة في الاتفاق والإنتاج للتحكيم في القوانين الصادرة بالترخيص للشركات بالبحث عن البترول واستغلاله فمثلاً نجد أن القانون رقم 155 لسنة 1963 تضمن البند رقم 48 الذي نص "يحال للتحكيم طبقاً لقانون الإجراءات المدنية بجمهورية مصر العربية لكل نزاع يتعلق بتغير هذا الاتفاق أو الإدعاء بمخالفته ولا تسطيع الحكومة أو الأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم.

ومنذ عام 1973 وحتى الآن تم توقيع أكثر من ثلاثمائة اتفاقية بترولية لا تكاد تخلو منها من شرط التحكيم[2].

وقد أخذت مصر بنظام اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في الكثير من العقود البترولية حتى عام 1985 أما اعتبار من عام 1986 وإلى الآن فقد عهدت سائر الاتفاقيات البترولية في مصر بالتحكيم إلى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومن ذلك العقود المبرمة مع شركة شل وشركة ارامكو للزيت في عام 1987[3].

---

[1] الماحي حسين لسنة 2006، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، ط1، النهضة العربية، القاهرة، ص89.

[2] الورداني يحيى تويني (بدون سنة نشر) التحكيم في عقود البترول، القاهرة، ص211.

[3] الجداوي أحمد قسمت لسنة 1997، نشوء إدارة المخاطر في عقود البترول، القاهرة، ص213.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم

لقد قيل الكثير حول تحديد المقصود بالتحكيم إلا أننا نورد أهم المفاهيم المقدمة بشأنه، بغية التوصل إلى بيان خصائصه الذاتية بشكل عام.

كانت المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية تعرف التحكيم بأنه "عبارة عن اتخاذ الخصمين أخر حاكماً يرضاها لفصل خصومتيهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم بفتحتين بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة[1].

وقد عرف التحكيم أيضاً بأنه "وسيلة لفضل نزاع قائم أو مستقبلي، بعيداً عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو ثلاثة للفصل فيه بحكم لازم له[2].

ويعرف شرط التحكيم بانه شرط أو اتفاق مبرم بين طرفين فيه باللجوء إلى جهه معينة من اجل حل النزاع الوارد على العقد .

كما قيل عنه بأنه "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو هو إمكانية أطراف النزاع بإقضاء منازعتهم عن "الخضوع لقضاء المحاكم طبقاً للقانون كما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم[3] أو أنه هو "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء[4].

وقد طرح بشأنه لفريق آخر مفاده أن التحكيم "نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف.كما عرف التحكيم بأنه "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم[5].

---

[1] المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] عبد المجيد منير لسنة 2000 الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص منشأة المعارف، الاسكندرية، ص10.

[3] رضوان أبو زيد لسنة 1981، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص25.

[4] المؤمن حسين لسنة 1977 الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، ص10.

[5] ابراهيم احمد ابراهيم (بدون سنة نشر) التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص21.

الفرع الثالث: خصائص تعريف التحكيم وأنواعه

يتضح لنا من خلال التعاريف المذكورة سابقاً أن للتحكيم بشكل عام خصائص معينة يمكننا إيجازها فيما يأتي:

أولاً : خصائص تعريف التحكيم

1- التحكيم قضاء خاص ذو صفة اتفاقية وقضائية

2- التحكيم يجد مصدره في اتفاق الطرفين

3- التحكيم وظيفته حسم النزاع الناشئ بين الطرفين

4- الزامية الحكم الصادر عن المحكم .

هذا وان للتحكيم صورتان وهما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم فيقصد بالأول: النص الوارد المتفق عليه ضمن نصوص وبنود العقد، بحيث يقرر الطرفان بمقتضاه اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين بشأن العقد المبرم.

أما الثاني : فهو اتفاق يتم إبرامه بين الطرفين بشكل منفصل عن العقد الأصلي، وذلك بغية اللجوء إلى التحكيم حول نزاع قائم بينهما[1].

فالفرق بينهما واضح إذ أن الطرفين إذا كانا قد اتفقا على التحكيم أثناء ابرام العقد كأي بند آخر من بنوده، فيسمى ذلك شرط التحكيم. إما إذا نشأ النزاع بينهما ثم اتفقا على اللجوء إلى التحكيم فتطلق عليه مشارطة التحكيم[2].

كما وأن الطرفين غير ملزمين بتحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم، لأنه من غير المتصور معرفتهما بالنزاع الذي سوف ينشأ بينهما، غير أن الحال من مشارطة التحكيم، حيث يتم فيها تحديد موضوع النزاع الذي يشمله التحكيم ذلك أن المشارطة تأتي بعد نشوء النزاع بين الطرفين.

---

[1] راشد سامية 1984، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص75.

[2] مخلوط وفاء فريد 2008، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط6، منشورات الحلبي، ص703.

وإن المشارطة في التحكيم تختلف على الاتفاق اللاحق على النزاع والمستند إلى شرط التحكيم المسبق فقد يحدث أن يضع الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما، ولكنهما لا يتطرقان إلى تفاصيل الشرط. وعندما ينشب النزاع بينهما فيقومان بتحديد التفاصيل الضرورية لممارسة التحكيم من تحديد طبيعة النزاع وكيفية تشكيل هيئة التحكيم ومدة الانتهاء من التحكيم...الخ فهناك لا يعد اتفاق الطرفين على مثل هذه المسائل التفصيلية مشارطة التحكيم، لأن كل ذلك يتم استناد إلى شرط التحكيم المتفق عليه بينهما مسبقاً[1].

ثانياً : أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة فيما يأتي نشير إلى أهمها:

1- من حيث الالزام :طبقاً لهذه الحيثية ينقسم التحكيم إلى اختياري واجباري.

ففي التحكيم الاختياري، يلجأ الأطراف بإرادتهم الحرة المختارة وبموجب اتفاق إلى التحكيم. حيث يقومون باختيار المحكمين، وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم وكذلك تحديد الإجراءات الواجب اتباعها من قبلهم[2].

بعبارة أخرى، يكون التحكيم اختيارياً في مكان للأطراف حرية اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ولكنهم قاموا باختيار التحكيم بإرادتهم الحرة[3].

فالأصل هو أن يكون التحكيم اختيارياً إذ لا يجوز للدولة أن تتخلى عن وظيفتها القضائية بأن توجب على الأطراف اللجوء إلى التحكيم في جميع المنازعات ولكن ذلك لا يمنع الدولة أن تجعل.

فالأصل أن يكون التحكيم أختيارياً أي بإدارة الأطراف ، ولكن هناك حالة تنعدم فيها إدارة الأطراف سواء فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشرة ويصبح التحكيم هنا نظاماً مفروضاً عليهم وهو ما يسمى بالتحكيم الإجباري .

---

[1] الغنام. طارق فهمي لسنة 2011 طبيعة مهمة المحكم، ط دار النهضة العربية، القاهرة، ص152.

[2] الشيخ عصمت لسنة 2008 التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة، ص29.

[3] أبو الوفا أحمد لسنة 1988، التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص144

2– من حيث الجهة القائمة بالتحكيم إما بمقتضى هذه الحيثية فيقسم التحكيم إلى التحكيم الحر Ad Hoc Arbitration والتحكيم المؤسسي Institutional Arbitration.

فالتحكيم الحر (الخاص) هو الذي يتولى الأطراف صياغته لحسم نزاعهم، خارج إطار أي مركز أو مؤسسة خاصة بالتحكيم والمحلمون فيه أحرار لا يتبعون هيئة تحكيمية ثانية[1].

فهذا النوع من التحكيم يتم إنشاؤه لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيل الهيئة أم من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه ولذلك يطلق على هذا التحكيم بأنه "نفذ التحكيم بنفسك" مما يعني أن هذا النوع من التحكيم يحتاج إلى بذل عناية كبيرة من قبل الأطراف، وذلك بهدف تحديد القواعد الشكلية والموضوعية التي تحكمه في جميع مراحله[2].

أما التحكيم المؤسسي (النظامي) فهو الذي تتولاه هيئات أو مؤسسات أو مراكز داخلية أو دولية دائمة ومختصة بالتحكيم استناداً إلى قواعد وإجراءات معينة تحددها اتفاقيات دولية أو قرارات منشأة للهيئة[3].

وفيه يتفق الطرفان على تحديد مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة داخلية كانت أم دولية ليتم التحكيم بينهما طبقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته[4].

وفيما يخص عقود النفط من هذين النوعين فإننا نجد أن العقود الأوائل المبرمة بين الدول المنتجة للنفط وبخاصة في الدول العربية كانت تتبنى التحكيم الخاص وليس التحكيم المؤسسي والسبب واضح إذ أن الهيئات والمراكز التحكيمية الموجودة في الوقت الراهن لم تكن قد أنشئت بعد.

فعلى سبيل المثال، نصت المادة (21) من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين شركة ألمانية وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول، على أن "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص

---

[1]المنابلي هاني محمد كامل، 2011، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمارات البترولية، ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص62.

[2]اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار لسنة 2011، (مركز حقوق عين الشمس)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، ص122.

[3]النجار كرم محمد زيدان لسنة 2010، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ص59.

[4]يوسف وائل عز الدين، 2010، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص22.

تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد[1].

3- من حيث العناصر :

طبقاً لهذه الحيثية، يتم تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي

يقصد بالتحكيم الداخلي (الوطني): ذلك التحكيم الذي يتعلق بعلاقات داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعاً وأطرافاً[2]. فعلى سبيل المثال إذا كان موضوع التحكيم تسوية نزاع ناشئ عن عقد تم إبرامه في الكويت بين طرفين يتمتعان بالجنسية الكويتية وينفذ العقد فيه أيضاً فإن هذا التحكيم يكون تحكيماً داخلياً ويطبق عليه القانون الكويتي في جميع المسائل المتعلقة به بدءاً من الاتفاق عليه وانتهاءً بصدور الحكم فيه وتنفيذه.

أما التحكيم الدولي: فهو الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة ويثير هويات جمة كتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم وإجراءاته وتحديد مكان التحكيم وما إلى ذلك[3].

وهناك معايير متعددة لتمييز التحكيم الدولي من التحكيم الداخلي أهمها: معيار مكان التحكيم، معيار جنسية المحكمين، معيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وكذلك معيار طبيعة العلاقة العقدية[4].

وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم الدولي ينقسم بدوره إلى نوعين التحكيم الدولي العام والتحكيم الدولي الخاص.

فالتحكيم الدولي العام : هو ذلك التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الدولية الناشئة بين الدول ذات السيادة وبشأن أمور تهم هذه الدول، ويُخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد القانون الدولي العالم.

---

[1] الأسعد بشار محمد لسنة 2006، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي بيروت، ص363.

[2] يوسف وائل عز الدين لسنة 2010، التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي، القاهرة، ص23.

[3] المواجده محمود لسنة 2010، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، ص37.

[4] المجاهد طارق عبد الله عيسى لسنة 2001، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، العراق، بغداد، ص232.

أما التحكيم الدولي الخاص: فهو يكون موضوعه بتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولي طبقاً للمفهوم المقرر لها في قواعد القانون الدولي الخاص.

ومن ثم يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد القانون الدولي الخاص بالمتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية منها أو قواعد تنازع القوانين علماً أن هذا النوع من التحكيم هو ذاته الذي يسمى بالتحكيم الأجنبي أو التحكيم التجاري الدولي[1].

وترى الباحثة: أن التحكيم الذي يتفق عليه الطرفان في عقود النفط هو التحكيم الدولي الخاص وليس الدولي العام لأن الأخير لا يتم إلا بين الدول وحدها.

---

[1]أبو زيد سراج، مرجع سابق، ص178.

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

من المتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم.

ويعد الاتفاق على التحكيم هو أول المراحل التي تمر بها عملية التحكيم وهو حجر الزاوية لباقي المراحل الإجرائية أو القانونية و سواء ورد الاتفاق في صورة شرط أم مشارطة أم كان تحكيماً بالإحالة فأنه يخضع للقواعد العامة التي تنظم صحة التصرفات القانونية لذلك يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر كل الشروط اللازمة لصحة أي اتفاق على محل ممكن ومشروع وأن يكون الأطراف على رضا تام لا تشوب إرادتهم أي شائبة.

وتنقسم الشروط التي يلزم توافرها لصحة اتفاق التحكيم إلى قسمين هما الشروط الموضوعية والشروط الشكلية والشروط الموضوعية هي شروط يتطلبها القانون لصحة أي تصرف قانوني والشروط الشكلية التي يلزم توافرها لصحة اتفاق التحكيم وهذا ما يتطلبه القانون من ضرورة أن يكون شرط التحكيم مكتوباً.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

يعد اتفاق التحكيم تصرفاً إرادياً يقوم به الطرفان بقصد ترتيب أثر قانوني معين وهذا التصرف ما هو إلا عقد بين الطرفين وتستقر هذه الإرادة من بداية الاتفاق على التحكيم حتى تنفيذ الحكم الذي ترتب على هذا العقد[1].

غالباً ما يرد اتفاق التحكيم في صورة عقدية لذلك يتطلب لصحة هذا الاتفاق ما يتطلب لصحة العقود عموماً من شروط تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر الأهلية في الشخص التي يبرم الاتفاق وأن يتوافر الرضا بالتحكيم وأن يكون هذا الرضا صحيحاً وخالياً من العيوب التي تتطلبه وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن وهذا ما استعرضه على هذا النحو الآتي:

أولاً: الرضا: تتناول هذا الشرط الأول من شروط صحة اتفاق التحكيم هو الرضا فتتفرق على تعريفه ثم الشكل الذي يرد عليه التراضي وموقف القضاء الدستور على النحو الآتي:

يعرف الرضا بالتحكيم يقصد بأنه به توافق إرادة أطراف العقد على الأخذ بالتحكيم كوسيلة لفض النزاع أو المنازعات القائمة بينهم أو المحتمل أن تقع في المستقبل دون قضاء الدولة المختصة[2].

ويتطلب لصحة اتفاق التحكيم أن يكون الرضا موجود إذ يتم التعبير عنه بإرادة طرفي العقد بالرغبة في تسوية النزاع بطريق التحكيم عن طريق إيجاب من أحد الأطراف ويصادق هذا الايجاب قبولاً من الطرف الآخر ولا يكفي أن يكون الرضا موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً ويكون كذلك إذا تم الايجاب والقبول دون أي عيب والاكراه فإذا كانت الإرادة خالية من هذه العيوب وهي الغلط والتدليس والإكراه فإذا كانت خالية من هذه العيوب كان الرضا صحيحاً أما إذا إرادة أحد الأطراف يشوبها أحد عيوب الرضا فهنا يكون هذا الرضا باطلاً ويترتب على ذلك بطلان اتفاق التحكيم وما يترتب عليه من إجراءات.

---

[1] بركات أحمد لسنة 1997 حق الالتجاء إلى التحكيم القاهرة، دار النهضة، ص255.

[2] شفيق محمد (السنة بدون نشر) التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة، القاهرة، ص74.

شكل الرضا: يأخذ التراضي في مجال التصرفات القانونية عموماً صورتين هما الرضا الصريح والرضا الضمني.

1- الرضا الصريح: يكون الرضا بالتحكيم في عقود الاستثمارات البترولية صريحاً وهو يكون بالتعبير عن إرادتين توافقتا على الدخول في التحكيم فيبرمان عقداً خاصاً أو يتفقان على ذلك في العقد الأصلي وتظهر أقصى صور الرضا في حالة المشارطة حيث يبرم الطرفان اتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع ويشترط في الرضا الصريح أن يكون الإيجاب والقبول صريحين لا يحتملان اللبس وقد يأخذ الرضا أشكالاً أخرى كأن يتدخل شخص في خصومة التحكيم بموافقة باقي الأطراف كما يتحقق الرضا الصريح بالموافقة اللاحقة على حوالة الحق إذا يعد المجال إليه طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد قبوله لحوالة الحق أو الدين[1].

2- الرضا الضمني: قد يتصور في نطاق عقود الاستثمارات البترولية كأن تعرض الشركة على الدولة كتابة التحكيم ولم تقم الدولة بالرد على هذا العرض كتابة فهل ينعقد اتفاق التحكيم هنا أو هل ينعقد التحكيم بالسكوت أو هل يفترض الرضا الضمني بالتحكيم؟

اختلف الفقهاء في مسألة صحة الرضا بالتحكيم لا بد أن يكون صريحاً فذهب البعض إلى جواز أن يكون الرضا بالتحكيم ضمني فتنص المادة 98 مدني على "إذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول قبل العقد يعتبر قد تم ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين[2].

فيقوم السكوت مقام القبول في الحالة التي يكون فيها التعامل بين الأطراف متصلاً ويجري التعامل بينهم على حل المنازعات عن طريق التحكيم ويقضون في عقد من العقود إدراج شرط التحكيم في هذه الحال يمكن الاستناد إلى التواتر والقول بوجود شرط تحكيم ضمني إلا إذا تبين من ظروف

---

[1] ابراهيم احمد ابراهيم، اتفاق التحكيم (مرجع سابق)، ص184.

[2] عبد القادر نريهان لسنة 196، اتفاق التحكيم، دار النهضة، القاهرة، ص278.

العقد الجديد أن الأطراف تعهدوا بعدم ذكر شرط التحكيم في العقد لأنهم يريدون ترك أسلوب التحكيم والعودة إلى القضاء[1].

كما أنه متى أجري العرف التجاري على اعتبار السكوت موافقة على إتمام اتفاق التحكيم فإن السكوت يعتبر في هذه الحالة موافقة على إبرام اتفاق التحكيم[2].

وذهب فريق آخر إلى القول بعدم جواز التحكيم الضمني ويروا كذلك بأن التحكيم طريق استثنائي فيجب أن يكون اتفاق التحكيم صريحاً و حاسماً ويدل بوضوح على الأخذ به ويدلل هذا الفريق على رأيه بأنه لا يكفي القول بوجود اتفاق التحكيم مجرد الاعتماد على حسم المنازعات بالتحكيم بل لا بد من وجود اتفاق في كل عقد[3].

كما يجب على القاضي أن يراعي الحيطة والحذر عند تكييف عقد التحكيم فلا يعد التصرف عقد تحكيم إلا إذا كان واضحاً أن إرادة الأطراف اتجهت إلى الأخذ بالتحكيم فالرضا بالتحكيم لا يكون مفترضاً أو ضمنياً إنما لا بد أن يكون صريحاً فيجب أن تكون العبارات صريحة في اختيار التحكيم لحل النزاع. [4]

موقف القضاء الدستوري من الرضا بالتحكيم

يترتب على الرضا بالتحكيم أن يصبح اتفاق التحكيم من العقود الاختيارية والتي يتصل في حالة الاجبار وقد حمى القضاء الدستوري هذه القاعدة وأبطل كل القوانين التي تنص على التحكيم الإجباري.

- فقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر في عام 1999 بعدم دستورية المادة 57 من قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 وبناء عليه أصدر المشرع القانون رقم 60 لسنة

---

[1] حسين محمد عبد الظاهر (لسنة بدون سنة) مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، ص66.

[2] رضا عبد محمد لسنة 1984، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، ص208.

[3] الرمالي السيد محمد، اتفاق التحكيم التجاري في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة، ص6.

[4] راجع الطعن رقم 860 لسنة 66 في جلسة 2002/12/25 مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية.

2000 بتعديل أحكام قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 ونص هذ التعديل على أن يكون الأخذ بالتحكيم بناء على طلب صاحب الشأن وموافقة مصلحة الجمارك[1].

- كذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر في 17 ديسمبر 1994 بعدم دستورية المادة 18 من قانون 48 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي والتي تفرض التحكيم جبراً عن إرادة الأطراف كوسيلة لفرض النزاع بين البنك وعملائه[2].
- كذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 6 يناير 2001 بعدم دستورية المادة 17 و35 من القانون 11 لسنة 1991 بشأن الضريبة العامة على المبيعات وهذه المواد خاصة بالتحكيم الإجباري في المنازعات بين الممولين ومصلحة الضرائب[3].

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أكدت الطبيعة الرضائية للتحكيم وأن التحكيم الإجباري لا يتفق مع فلسفة التحكيم والأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه[4].

ثانياً : الأهلية:يشترط لصحة اتفاق التحكيم بوصفه تصرفاً قانونياً توافر الأهلية لدى القائم وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً سواء كان القائم به شخصاً طبيعياً أم معنوياً عامة مثل الدولة أو إحدى الشركات التابعة لها وقد يكون شخصاً معنوياً خاصاً مثل الشركات التجارية كذلك يبرم هذا الاتفاق بنفسه أو وكيل عنه أو ممثل قانوني هذا يثير موضوع التوكيل في نطاق التصرفات الخاصة والسلطة المخولة لها إبرام الاتفاق على التحكيم في نطاق العقود الإدارية اهتمام كثير من الفقه وهذا ما أوضحه على النحو الآتي:

1- **أهلية الشخص الطبيعي:** [5]يشترط لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ومنتجاً لإثارة توافر الأهلية في الشخص الطبيعي الذي سيدخل طرفاً في الاتفاق وإذا تم إبرام الاتفاق مع شخص ناقص الأهلية فإن الاتفاق باطلاً وغير منتج لأي أثر، ونص قانون التحكيم المصري في المادة (11)

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة (2) يوليو 1999 الطعن رقم 104 لسنة 2001 قضائية مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

[2] حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 17 ديسمبر 1994 القضية رقم 13 مجموعة أحكام المحكمة العليا.

[3] حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 6 يناير 2002 القضية رقم 65 لسنة 15 قضائية مجموعة الأحكام.

[4] الشرقاوي محمود سمير لسنة 2000 موقف القضاء الدستوري المصري من التحكيم الاجباري، مجلة التحكيم العربي، العدد 4 ص16

[5] اس تشارلز الأمريكي شركة البترول سنة 1956 وهي شركة أمريكية في ولاية ديلاوير على أن يكون مركزها مدينة نيويورك ويمتلك جميع أسهمها شخص واحد هو السفير تشارلز.

على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه" فبذلك يكون القانون المصري قد تطلب كمال الأهلية في أطراف اتفاق التحكيم فلا يجوز إبرام اتفاق تحكيم إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه فمن كان لا يملك أهلية التصرف في الحقوق فلا يستطيع إبراق اتفاق التحكيم.

وفي القانون الفرنسي وبناء على نص المادة 2059 من القانون المدني لا يصح التحكيم من الشخص الذي لا يملك التصرف في حقوقه مثل القاصر والمحجوز عليه إلا من الولي أو الوصي وبعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة حيث تقضي هذه المادة "أن كل الأشخاص يمكنهم إبرام اتفاقات تحكيم بشأن الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها[1].

فيجب قبل إبرام اتفاق التحكيم معرفة ما إذا كان الشخص الآخر يمتلك الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم وهي قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص ولكن ما هو نوع الأهلية المتطلبة لإبرام اتفاق التحكيم؟

(أ) **نوع الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم في القانون المصري والفرنسي:** الأهلية المطلوبة في الشخص الطبيعي بالنسبة للقانون المصري هي اهلية التصرف في الحق المتنازع عليه فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلاً أو يأذن المحكمة يكون له الأهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم ويكتب هذا الشخص الأهلية ببلوغه الواحد والعشرين سنة دون وجود أي مانع للأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي تكون هي أهلية الأداء فلا تكفي أهلية الوجوب وتترتب على ذلك اهلية إدارة الأعمال وأهلية التقاضي[2].

(ب) **موقف بعض الأشخاص الطبيعيين في نطاق أهلية إبرام اتفاق التحكيم:**تثير نقطة أهلية الشخص الطبيعي التساؤل عن موقف بعض الأشخاص الذين يندرجون تحت طائفة الأشخاص الطبيعيين مثل القاصر والولي والمجنون والمفلس وأن هؤلاء لا يستطيعون إبرام اتفاق التحكيم.

---

[1]عبدالله قائم عبد السلام لسنة 2006، شروط التحكيم في عقود البترول والغاز، القاهرة، ص17.

[2]عبد الكريم سلامة أحمد لسنة 1996، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، القاهرة، ص249.

(ج) **الوكالة في إبرام اتفاق التحكيم:** إن النائب عموماً لا يدخل في سلطة إبرام اتفاق التحكيم قد يكون نائباً قانونياً كالولي أو الوصي فلا يستطيع أن يبرم اتفاق تحكيم إلا بعد الحصول على إذن بذلك من القضاء وقد يكون النائب اتفاقياً كالوكيل فلا يستطيع أن يبرم اتفاق التحكيم إلا إذا كان مفوضاً تفويضاً خاصة بإبرام اتفاق التحكيم ويترتب على ذلك أنه بالنسبة للشخص الطبيعي يستطيع أن يوكل غيره في إبراق اتفاق التحكيم ولكن يشترط وكالة خاصة حتى يكون للوكيل الحق في أن يبرم الاتفاق نيابة عن موكله وذلك طبقاً للمادة 702 من القانون المدني والمادة 46 من قانون المرافعات[1].

ثالثاً: محل التحكيم: يقصد بمحل التحكيم تلك العلاقة الموضوعية التي يراد حسم النزاع الناشئ بصددها عن طريق التحكيم وهذا النزاع قد يكون قائماً وقت إبرام الاتفاق على التحكيم وقد يكون متوقعاً نشوؤه في المستقبل وقد يكون مسألة تجارية أو مسألة مدنية إدارية[2].

وقديماً فرق الفقه بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية فبالنسبة للأعمال التجارية فهي تقبل التحكيم من حيث أن التحكيم هو قضاء التجارة الدولية أما الأعمال المدنية فإن التحكيم غير جائز إلا إذا أباحه القانون وبالنسبة للأعمال المختلطة والتي تشكل عملاً تجارياً لبعض الأطراف وعملاً مدنياً بالنسبة للطرف الآخر فنجد أن القضاء الفرنسي ذهب إلى رفض الدفع بعدم الاختصاص المحكمة في حالة وجود شرط تحكيم في العقد مثار النزاع حيث دائماً ما كان يثير الطرف غير التاجر بطلان الشرط وكانت المحكمة تقبل الدفع أي كان سبب البطلان محل هذا الشرط فالحكم غير مقبول بالنسبة للغير التاجر لكن هذا البطلان ليس من النظام العام والحكم صحيح[3].

---

[1] الشرقاوي محمود سمير لسنة 2006، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ص72.

[2] مصطفى أحمد بركات لسنة 1996، حق الالتجاء لتحكيم بين القواعد الدستورية، القاهرة، ص241.

[3] عطا الله برهام محمد لسنة 1967، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، ص18.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية: الكتابة كشرط شكلي لصحة اتفاق التحكيم

تقسم التصرفات القانونية عموماً إلى تصرفات شكلية ورضائية فالتصرف الرضائي ينعقد بمجرد التراضي دون حاجة إلى أي شكل آخر فينعقد بالإيجاب والقبول ومن ثم من الجائز أن يكون اتفاق التحكيم شفافة أو يستفاد من ظروف التعامل بين الأطراف وهذا هو حال النظم القانونية المنتمية إلى أصول انجلو الأمريكية وما أن يكون التصرف القانوني شكلياً، وتكون الشكلية لكن من أركان التصرف ومن ثم تدور الشكلية مع التصرف نفسه وجوداً أو عدمه وهذا هو حال اتفاق التحكيم البترولي فهو تصرف شكلي والشكلية هي شرط لصحة التصرف وليس شرط للإثبات وتتمثل الشكلية في وجوب كتابة اتفاق التحكيم[1].

وتختلف الكتاب كدليل للإثبات عن تلك المطلوبة كشكل للتصرف فتخلفها في حال كونها شكل للتصرف يؤدي إلى البطلان أما تخلفها في حال كونه دليل للإثبات فلا يؤدي إلى بطلان التصرف دائماً يجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة[2].

ومن أهم القيود التشريعية أن يفرغ اتفاق التحكيم في شكل محدد وهذا الشكل هو أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً[3].

وعلى هذه التشريعات قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 الذي يتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً وبهذا يكون المشرع المصري قد حدد الشكل الذي يجب أن يكون عليه اتفاق التحكيم.

سنتناول في موضوع الكتابة بصورة تفصيلية عن أولاً أهمية الكتابة بالشرط التحكيم وحل الكتابة شرط للانعقاد أم شرط للإثبات حيث نتعرف على موقف بعض القوانين ونتعرف على صور كتابة شرط التحكيم وموقف بعض التشريعات وعلى النحو الآتي:

---

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص (مرجع سابق)، ص178.

[2] بركات أحمد، حق الالتجاء للتحكيم في القواعد الدستورية، (مرجع سابق)، ص263.

[3] عبد رضا لسنة 2013، العقود التجارية في القانون المصري، دار الثقافة، القاهرة، ص24.

أولاً: أهمية الكتابة: إن اتفاق التحكيم يمثل تصرفاً خطيراً حيث أنه سيقضي إلى تنازل الأطراف عن اللجوء إلى قضاء الدولة بما يكلفه من ضمانات واللجوء إلى قضاء التحكيم فكان لا بد من فرض بعض الشكلية على إرادة الأطراف وتتمثل هذه الشكلية من ضرورة كتابة اتفاق التحكيم سواء اتخذ صورة شرط أم مشارطة أم كان تحكيم بالإحابة ومن هنا تظهر أهمية كتابة اتفاق التحكيم في أن الكتابة تفي أي اختلاف قد يقع بين الأطراف حول وجود الاتفاق وحول مضمون عبارته وشموله لتلك المنازعة[1].

ثانياً: أهل الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم أو شرط للاثبات: تظهر أهمية معرفة الكتابة كشرط شكلي لصحة اتفاق التحكيم فالكتابة إذا كانت شرط لانعقاد اتفاق التحكيم فإنه يترتب على تخلفها بطلان اتفاق الحكيم أما إذا كانت شرط للإثبات فإنه يمكن إثبات اتفاق التحكيم بأية وسيلة تقوم مقام الكتابة مثل الاقرار أو اليمين الحاسمة[2].

ولم يتفق المشرع المصري والمشرع الفرنسي في الإجابة عن هذا السؤال كما تضاربت أقوال الفقه على النحو الآتي:

1- **موقف القانون المصري:** كان قانون المرافعات الملغى ينص على أن الكتابة شرط للإثبات وليس شرط للانعقاد وبذلك لم يكن اتفاق التحكيم يخضع لشروط شكلية على حين عداء المشرع المصري في قانون التحكيم الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم ومن ثم وسيلة للانعقاد فيرون الكتابة لا ينعقد اتفاق التحكيم أساساً وبذلك نستطجيع القول أن الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم شرط كان أم مشارطة، فنص قانون التحكيم في المادة 12 على "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً".

يلاحظ أن نص المشرع المصري على وجوب كتابة اتفاق التحكيم لا ينطبق على اتفاقيات التحكيم المبرمة ما قبل صدور قانون التحكيم 27 لسنة 1994 فمتى أتى المشرع الجديد بدليل إثبات فلا

---

[1] السيد محمود اتفاق التحكيم (مرجع سابق)، ص432.

[2] محمد مناجي خالد لسنة 1996، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، القاهرة، دار النهضة، ص213.

ينطبق هذا الدليل على التصرفات التي تمت في ظل تشريع قديم فتلك الاتفاقيات بعد شرط الكتابة دليل إثبات ومن ثم ينعقد الاتفاق ما يقوم مقام الكتابة[1].

2- **موقف القانون الفرنسي:** فرّق المشرع الفرنسي في قانون المرافعات السابق 1982 في موضوع الكتابة بالنسبة للتحكيم الداخلي بين شرط ومشارطة التحكيم فالكتابة شرط لانعقاد الشرط دون المشارطة أما في حالة المشارطة فالكتابة شرط للاثبات وليس للانعقاد طبقاً لنص المادة (1447)[2].

ونجد أن قانون التحكيم الفرنسي الجديد 48 لسنة 2011 قد فرّق بين أحكام التحكيم الداخلي والدولي فهو لم يتطلب الشكلية في اتفاق التحكيم الدولي حيث تنص المادة 1507 على أن شرط التحكيم لا يخضع لأي شروط شكلية[3].

وهذا أمر بديهي طالما أن اتفاق التحكيم في نطاق التحكيم الدولي لا ينضع لأي صورة من صور اتفاق التحكيم المعروفة وهي شرط أو مشارطة التحكيم فلا يلزم من ثم تطلب الشكلية في مجاله ويترتب على ذلك أن تكون الكتابة في نطاق التحكيم الدولي للإثبات ليس للانعقاد كما يترتب على ذلك صحة اتفاق التحكيم غير المكتوب مثل اتفاق التحكيم الشفوي وقد تعرض القانون الفرنسي بالنسبة للتحكيم الدولي الذي أباح اتفاق التحكيم الشفوي فتثار هنا مشكلة كشفية اثبات هذا الاتفاق ويترتب على ذلك أن اتفاق التحكيم الدولي لا يشترط انعقاده الكتابة يستطيع الأطراف إبرامه شفوياً وفي حالة المنازعة يتم إثباته بما يقوم مقام الكتابة مثل الإقرار واليمين الحاسمة[4].

والقانون الفرنسي يختلف اختلاف جوهري عن القانون المصري الذي يعد الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم سواء كان التحكيم داخلي أو أولي فالاتفاق على التحكيم هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة ويلاحظ أن الكتابة لازمة أياً كان نوع التحكيم سواء كان تحكيماً مدنياً أم تجارياً سواء كان وطنياً أم تجارياً دولياً ما دام يخضع لقانون التحكيم المصري.

---

[1] محمود أحمد صدقي 1993، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، القاهرة، ص27.

[2]

[3] حمد الله محمد حمد الله لسنة 1994 النظام القانوني لشرط التحكيم، العراق، بغداد، ص47.

[4] والي فتحي لسنة 1991، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، القاهرة، ص145.

3- **موقف الفقه:** سار جانب كبير من الفقه خلف المشرع المصري واعتبر الكتابة كشرط لانعقاد التحكيم وليس للإثبات فالكتابة عند هذا الجانب شرط شكلي يبطل اتفاق التحكيم وإذا لم توجد الكتابة فلا يجوز إثبات انعقاده ولو بالاقرار أو اليمين الحاسمة[1].

وذهب جانب آخر إلى أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً لما يرتبه من آثار جوهرية إلا أن الكتابة وسيلة للإثبات وليس وسيلة للانعقاد فالجزاء المترتب على تخلف الكتابة يتعارض مع تشجيع اللجوء إلى التحكيم كما أن معظم القواني بما فيها القانون المصري جعلت الشرط صحيح ومنتج للإثارة ولو لم يوقعه الطرفان ما دام أنه يمكن الاستدلال عليه من تبادل الرسائل أو التلكسات أو غيرها وهنا اعتبر الكتابة وسيلة للاثبات وليس للانعقاد.

ثالثاً: هل يحتاج شرط التحكيم إلى توقيع خاص به: لا يحتاج شرط التحكيم إلى توقيع خاص ومن ثم يعد شرط التحكيم متوفر متى وقع الطرفان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم فلا يلزم توقيع الطرفان بجواز شرط التحكيم فالتوقيع على العقد الذي تتضمن الشرط يكفي للعلم بالشرط لأنه جزء من العقد حتى لو كان هذا العقد حياً أو مطبوعاً أو معد سلفاً ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك[2].

أما إذا كان شرط التحكيم لم يرد في العقود وإنما ورد في ملاحق منفصلة عن العقد فإن القضاء الفرنسي ذهب إلى وجوب التوقيع على الملاحق حتى يعتد بالإحالة إليها حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في النزاع بين مقاطعة خمس المرقب الليبية وشركة DALICO الفرنسية للبترول عند الطعن في حكم الاستئناف الذي أيد حكم التحكيم الذي قالت فيه المحكمة أن القانون الواجب التطبيق وأي نزاع يتم نظره أمام المحاكم الليبية وذلك دون الالتفات إلى وجود ملاحق تتبع العقد تحيل إلى شرط التحكيم وذلك لكونها غير موقعة[3].

رابعاً: صور الكتابة: ذهب جانب كبير من الفقه وسارت معه معظم القوانين إلى أنه ليست هناك صورة معينة يجب أن تظهر عليها كتابة التحكيم فقد تكون الكتابة رسمية أي ترد في محرر رسمي

---

[1] سليمان أحمد نبيل لسنة 2011، النظام القانوني للتحكيم، القاهرة، ص242.

[2] والي فتحي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، (مرجع سابق)، ص136.

[3] حسين عبده لسنة 2003، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة، القاهرة، ص59.

وموثق وقد تكون عرفية بمعني أن يرد شرط التحكيم في عقد عرفي غير موثق أو مصدق على توقيعات الأطراف ويكون شرطاً صحيحاً ويعمل به[1].

وإن موضوع جواز إبرام اتفاق التحكيم بالكتابة العرفية وهي الصورة التي أخذ بها القانون المصري تعرضت للنقد فالكتابة العرفية لا يمكنها أن توفي في الغرض من الشكلية للانعقاد فإذا كانت الكتابة شرط للانعقاد اتفاق التحكيم وكان الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً فمعنى ذلك أن الكتابة يجب أن تكون رسمية وليست عرفية حسب ما يعفي له قواعد الاثبات[2].

خامساً: التبادل كشروط لصحة الكتابة: الأصل أن يبرم التحكيم عن طريق الإيجاب والقبول إلا أن طرق التجارة الدولية وتطور وسائل الاتصال الحديثة تجعل من الممكن إبرام الاتفاق في هذه الحالة عن طريق إيجاب يصدر من أحد الأطراف ومن ثم القبول من الطرف الآخر ولا يشترط الإيجاب والقبول مباشرة بين الطرفين وإنما يمكن أن يتم من خلال وسيط[3].

وتظهر أهمية شرط التبادل في حالة أن يعرض أحد الأطراف على الآخر إيجاب بالتحكيم دون أن يصل رد الطرف الآخر على هذا الإيجاب فلا يعد في هذه الحالة اتفاق التحكيم قد أبرم بين الطرفين حيث أنه لم يصدر قبول من الأطراف الأخرى.

سادساً: الاتجاه التشريعي نحو التوسع في مفهوم الكتابة: توسع المشرع المصري والفرنسي في مفهوم الكتابة فقد نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوب إذا تظمه محرر ووقعه الطرفان أو إذا نظمه وتبادله الطرفنا من رسائل أو غيره من وسائل الاتصال المكتوبة فلا يشترط المشرع وسيلة معينة تستخدم في الكتابة فقد ساوى المشرع المصري بين الكتابة العامة والإلكترونية وأعطي للتوقيع الإلكتروني نفس التوقع في التوقيع العادي المهم أن تترك الكتابة أثراً مكتوباً.

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، (مرجع سابق)، ص79.

[2] الشرقاوي محمد سمير لسنة 1991، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ص38.

[3] بدوي بلال عبد المطلب لسنة 2006، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة، القاهرة، ص42.

سابعاً: موقف اتفاقيات مركز التحكيم الدولية من كتابة اتفاق التحكيم: اتفاقية نيويورك المادة 1/2 والتي تنص على تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل المنازعات أو بعضها وقد أثار نص الاتفاقية اختلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت الكتابة وفقاً لاتفاقية نيويورك شرطاً للإثبات أم شرطاً للانعقاد.

فذهب جانب آخر إلى القول بأنه الكتابة وفقاً لاتفاقية نيويورك تعد شرط إثبات وليس شرط انعقاد فبدون الكتابة لا يقوم اتفاق التحكيم صحيحاً بل يكون الاتفاق باطلاً والحكم الصادر بناء عليه غير قابل للتنفيذ[1].

وترى الباحثة: أن الكتابة وفقاً للاتفاقية نيويورك تعد شرط إثبات وليس شرط انعقاد وتتفق معها.

---

[1] بدران محمد محمد لسنة 1999، التحكيم صياغته وبطلانه وحجية تنفيذه، دار النهضة، مكتبة الجلا، ص89.

المطلب الثالث : شرط التحكيم في عقود البترول وصوره

يرد شرط التحكيم كبند من بنود عقود البترول البترولية فهو جزء لا يتجزء من العقد إلا أن التحكيم التجاري لم يسلم بهذه القاعدة واعتنق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقد أصبح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم على العقد الأساسي من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي وهذا المبدأ يجد مصدره في السوابق القضائية لمنازعات التجارة الدولية.

وإن قوانين التحكيم الوطنية واتفاقيات التحكيم الدولية أخذت به كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي إلا ان الاتجاه الحديث في الفقه والقانون لا يسلم بأن يكون شرط التحكيم تحت رحمة العقد الأصلي ويذهب أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي والسبب في استقلاله اختلاف محل العقدين ذلك أن محل شرط التحكيم عمل إجرائي يهدف إلى حل المنازعات التي تنتج عن العقد وهو بذلك يختلف عن محل العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد المراكز القانونية من خلال تحديد حقوق والتزامات الأطراف، وإذا لو كان يسري على شرط التحكيم ما يسري على باقي الشروط من بطلان لانعدمت قيمته فبطلان العقد سيؤدي إلى بطلان الشرط فالحفاظ على قيمة الشرط وضمان فاعليته من أهم أسباب إلى اعتناق مبدأ الاستقلال.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شرط الحكيم

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم

الفرع الثالث: أمثلة على عقود البترول في دولة الكويت

الفرع الأول: شرط التحكيم

نتناول في شرط الاستقلال من حيث تأصيله ومن حيث معناه وشروط صحتة ومن حيث موقف قانون التحكيم المصري منه ومن حيث أهم النتائج المترتبة عليه.

أولاً: تأصيل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم :

كان حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset الصادر بتاريخ 7 مايو عام 1963 هو أول حكم يكرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم حيث قرر صراحة في مجال التحكيم الدولي أن اتفاق التحكيم يبرم مستقلاً أو في التصرف القانوني الذي له علاقة بة فيما عدا بعض الشروط الاستثنائية والتي لم تكن محل ادعاء في هذه القضية متمتعاً باستقلال قانوني كامل عن التصرف بحيث لا يتأثر بما قد يعتري هذا التصرف مستقبلاً من عدم صحته[1].

ثم توالت أحكام محكمة النقض الفرنسية على الأخذ بهذا المبدأ حيث نصت على شرط التحكيم يتمتع بالاستقلال القانوني عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء كان يتضمنه بطريق مباشر أو عن طريق الإحالة [2].

كما أيدت ذلك محكمة استئناف باريس عند نظر الطعن الذي تقدمت به الشركة الأمريكية للأنظمة الدفاعية ضد حكم التحكيم الصادر لصالح إبراق في محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 7 ديسمبر لسنة 1994 والذي أكد استقلالية شرط التحكيم المدرج في العقد الدولي وأن مخالفة العقد لمبدأ استقلال شرط التحكيم تجعل التحكيم عديم الجدوى[3].

ثانياً: معنى استقلال شرط التحكيم:

يقصد باستقلال شرط التحكيم قابلية شرط التحكيم للانفصال عن العقد الذي يتضمنه نظراً لما يتمتع به شرط التحكيم من ذاتية خاصة عن هذا العقد فلا شأن لشرط التحكيم بما يعتري عقود الاستثمارات

---

[1]أحمد أنور علي لسنة 2006، مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص123.

[2]راشد سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم (مرجع سابق)، ص69..

[3]رمضان شعبان أحمد لسنة 2010، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم، دار النهضة، القاهرة، ص89

البترولية من بطلان أو منع أو انقضاء وكذلك لا شأن لعقود الاستثمارات البترولية بما قد يصيب شرط التحكيم نفسه من بطلان، وفسخ فلا يؤثر على العقد الأصلي نفسه[1].

فشرط التحكيم له ذاتية خاصة به تجعله مستقل عن باقي بنود العقد ويتميز بالاثارة بالرغم من أنه أحد بنود هذا العقد وقد عبر الفقه عن الاستقلالية بأن شرط التحكيم الوارد كبند من بنود العقد يعد بمثابة عقد قام بنفسه رغم أنه ليس إلا جزء من داخل العقد الأصلي[2].

وبناء على ذلك نقول أن الاستقلال يعني أن شرط التحكيم يعد عقد قائم بنفسه مستقل عن العقد الأصلي الذي يتضمنه بالرغم من أنه جزء منه أو أحد أجزائه أو أحد بنوده وهذا يعني أننا أمام عقدين هما العقد الأصلي وعقد التحكيم.

ثالثاً: شروط صحة استقلال شرط التحكيم: يشترط لصحة الاستقلال أن يكون شرط التحكيم صحيح في نفسه لا يشوبه عيب مما قد يؤدي إلى بطلانه وفسخه فهذه القاعدة مقررة ليس من أجل حماية شرط التحكيم الباطل أو فسخ اتفاق التحكيم وإنما لحماية الشرط الصحيح من البطلان ويترتب على ذلك أن العقد قد يترتب عليه بطلان الشرط في بعض الحالات فهناك بعض العيوب التي تصيب العقد وتصيب شرط التحكيم بالرغم من الاستقلال مثل عيوب الإرادة[3].

فإذا كان الغلط في شخص المتعاقد (في العقد الأصلي) فإنه يمتد إلى شرط التحكيم لوحدة الشخص في العقدين فسبب بطلان شرط التحكيم هو عيب أصاب الشرط في نفسه أما الغلط في القيمة فلا يمتد إلى شرط التحكيم[4].

كذلك الإكراه على التوقيع على العقد المتضمن شرط التحكيم فيما يبطل العقد ويبطل الشرط أيضاً وسبب بطلان شرط التحكيم هو عيب أصاب الشرط نفسه وهو عيب الرضا وليس أي عيب آخر أصاب العقد[5].

---

[1] منصور محمد حسين لسنة 2005، العقود الدولية، دار النهضة ، القاهرة، ص417.

[2] علي أحمد صالح لسنة 2000، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، القاهرة، ص112.

[3] سلطان طارق لسنة 2010، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، ص186.

[4] بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، (مرجع سابق)، ص96.

[5] الشيخ عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص136.

رابعاً: موقف المشرع من استقلال شرط التحكيم: لم يشر القانون المصري إلى مبدأ استقلال الشرط في المواد من 501 إلى 513 من حيث قانون المرافعات المصري قبل صدور قانون التحكيم الجديد ويترتب على ذلك أنه لا يجوز اعمال شرط التحكيم الذي يرد في عقد يتمسك أحد الخصوم ببطلان أو فسخ العقد وهنا نجد أن المحكم لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها أو من شأن جواز طرح التحكيم عليه أو عدم جوازه أو بطلان أو صحة الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع[1].

وقد أخذ قانون التحكيم المصري الجديد بهذا المبدأ في المادة 23 والتي تنص "يعد شرط التحكيم اتفاق مستقل عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيح في نفسه".

ومن الملاحظ أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد ورد في القانون المصري خاص بشرط التحكيم سواء كان وارد في العقد الأصلي أم في محرر مستقبل ولو كان لاحق عليه فقد استعمل المشرع المصري لفظ شرط التحكيم ولم يستعمل لفظ اتفاق التحكيم أما المشارطة فإنها تبرم بعد وقوع النزاع فهي مستقلة عن العقد بنفسها وهذا الاستقلال يخص العلاقات العقدية فقط أما العلاقات غير العقدية فشرط التحكيم قائم بنفسه ولا علاقة له بأي عقد حتى يكون مستقلاً[2].

خامساً: النتائج التي تترتب على استقلال شرط التحكيم:

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم

عقدت دولة الكويت العديد من الاتفاقيات الدولية في مجالات شتى وعلى جميع المستويات وأصدرت بها القوانين والمراسيم اللازمة تكون جزءاً من البناء القانوني لهذه الدولة المستقلة.

وعلى صعيد التعاون الاقتصادي والتجاري أبرمت الكويت العديد من الاتفاقيات الجماعية والثنائية من أهمها انضمامها إلى دستور الأمم المتحدة للتنمية الصناعية بمقتضى القانون رقم 24 لسنة

---

[1] مجد هدى محمد لسنة 1997، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ص105.

[2] سليم مصطفى عبد المقصود لسنة 1995، معيار العقد الإداري وتأثيره على اختصاص مجلس الدول، دار النهضة العربية القاهرة، ص83.

1982 واتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي انضمت إليها وصدقت عليها بموجب القانون رقم 10 لسنة 1978 واتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطن الدول الأخرى وسوف نبين موقف الاتفاقيتين الأخيرتين تمن تدويل العقود وذلك على النحو الآتي:

1- اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى واشنطن 1965:

نظراً لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تلعبه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال ورغبة في احتواء المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول المتعاقدة حول تفسير أو تنفيذ الاتفاقات الاستثمارية وإيماناً بأهمية إيجاد وسيلة مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء إليها لحسم ما قد ينشأ من خلافات فقد تم إنشاء مركز دولي لتسويتها عن طريق التوفيق والتحكيم[1].

فقد سارعت الكويت إلى تبني هذه الاتفاقية المهمة والتصديق عليها بمقتضى المرسوم بالقانون رقم (1) لسنة 1979[2].

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بشأن الموافقة على الاتفاقية المذكورة أعلاه أن من أسباب انضمام دولة الكويت لها هو من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية ورغبة في توفير الضمان لاستثماراتها واستثمارات مواطنيها ونظراً إلى أنه من الممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات مستقبلاً فإنه يكون من الضروري تهيئة المناخ اللازم لهذه التسوية في الخارج بين المستثمر الكويتي والدولة المضيفة للاستثمار [3].

وقد أسهم هذا المركز بشكل ملحوظ في دعم ثقة المستثمرين مما أدى إلى انسياب رؤوس الأموال للدول التي هي في حاجة إليها وبخاصة الدول النامية أما بالنسبة للقانون الموضوعي فإنه يتعين تطبيق القانون المختار، فإن لم يكن هناك اختيار صريح يطبق قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي الجائزة التطبيق (م1/42) كما بينا سابقاً وهذا يعني التزام هيئة

---

[1] القصبي عصام الدين لسنة 1993، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ص162.

[2] نشر في الجريدة كويت اليوم العدد 1229.

[3] انظر "مجموعة التشريعات الكويتية" الجزء العاشر- اعداد كمال المحامي إدارة الفتوى والتشريع، 1988- ص402.

التحكيم بالقانون الذي تم اختياره من الأطراف المتعاقدة لحكم منازعاتهم ولا يعني هذا القول تطبيق قانون الدول المطيعة فقد يتم تبني أي قانون مثل قانون دولة المستثمر الأجنبي أو القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون وتطبق المحكمة القانون الداخلي للدولة المتعاقدة في حالة خلو الاتفاق من تعيين القانون الواجب التطبيق مما يدل على أن الاتفاقية أعطت الأولوية هنا لهذا القانون وذلك فيما يلي:

1- التطبيق الفوري للقواعد والنظم ذات التطبيق المباشر من ذلك قواعد الرقابة على النقد، نظم الاستثمار.
2- بالنسبة للعقود الدولة العامة فإنه يعين في هذه الحالة الرجوع قانون الدولة لبيان موجبات المعلمة العامة.
3- ان المحكم نظر لعدم توطين العلاقة في اقليم الدولة فإنه يطبق قواعد الاسناد المانسبة الوطنية في قانون الدولة لبيان أنسب القوانين لحكم النزاع[(1)].

ثانياً: ويطبق المحكم قواعد القانون الدولي الجائزة التطبيق على النزاع ثانياً وقد فسّر ذلك مدير البنكم الدولي للانشاء والتعمير على أنها إحالة إلى المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وترى أن هذه الإضافة هي لتكملة ما يعتري قانون الدولة المتعاقدة من تقصي أو قد يطبق إذا تم استبعاد قانون الدولة المتعاقدة إذا ظهر للمحكمة أن هذا القانون الأخير يتعارض مع مبادئ القانون الدولي التي من الواجب حمايتها نظراً لسموها على القانون الداخلي.

والكويت بانضمامها لهذه الاتفاقية تكون ملزمة بالمواد الواردة فيها كافة وهو يؤكد تشجيعها الاستثمارات الأجنبية والسعر لتحقيق التنمية الاقتصادية كما جاء في نص المادة (20) من الدستور الكويتي "أن الاقتصاد الكويتي على سلسلة العدالة الاجتماعية وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين وذلك كله في حدود القانون.

[(1)]مصطفى عبد الحكيم لسنة 1990، عقود التنمية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ص128.

الفرع الثالث: أمثلة على عقود البترول في دولة الكويت

أولاً: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (Miga):

تهدف هذه الاتفاقية إلى تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية بين الدول الأعضاء فيها وإلى الدول النامية بصورة خاصة وذلك في إطار مشروع الأمم المتحدة للتنمية ونظامها يقوم على الرضا وإرادة الأطراف ورغبتهم في تحقيق التعاون لتحقيق أهداف هذه الوكالة.

ولهذه الأخيرة دور رائد في حسم الخلافات التي تثار حول تفسير أو تطبيق بنود الاتفاقية المنشأة لها وذلك سواء أنشب الخلاف بين إحدى الدول الأعضاء والوكالة نفسها أم بين الدول الأعضاء في الوكالة بعضهم مع بعض.أما عن طريق تسوية المنازعات فهي المفاوضات، المصالحة أو التوفيق، والتحكيم[1].

وذلك بالتدرج الوارد النص عليه في الاتفاقية ولا يلجأ إلى التحكيم إلا إذا استنفذت المساعي كافة لحل النزاع عن طريق التوفيق ويتبع بشأن التحكيم الإجراءات المعمول بها في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ما لم يتفق أطراف النزاع على غير ذلك.

وتطبق محكمة التحكيم أولاً بنود اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والاتفاقيات التي أبرمتها أطراف النزاع والمتصلة بالموضوع، وقوانين الوكالة ولوائحها. وأحكام القانون الدولي الصالحة للتطبيق والقوانين الوطنية لأطراف النزاع فضلاً عن بنود عقد الاستثمار المنطبقة على النزاع إن وجدت[2].

فالأولوية بالنسبة للقانون الموضوعي الذي يطبق على النزاع تكون للقواعد المنصوص عليها في اتفاقية إنشاء المركز باعتبارها الدستور الذي ارتضاه من ينضم إليها، وكذلك الاتفاقيات التي أبرمتها أطراف النزاع والتي تتصل بالموضوع وأيضاً قوانين الوكالة ولوائحها ولا يلجأ لقواعد القانون الدولي إلا لتكملة النقص الوارد في الاتفاقية بما يصلح من قواعد هذا الأخير ولا شك أن المبادئ العامة

---

[1] للمزيد انظر د. منى محمود مصطفى المرجع السابق، ص24.

[2] عبدالعال، عكاشة، (1998)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط 1، منشأة المعارف الاسكندرية، ص 87..

للقانون تطبق هنا بكونها من مصادر القانون الدولي علاوة على ذلك تطبق القوانين الوطنية لأطراف النزاع وبنود عقد الاستثمار.

هذا وقد انضمت دولة الكويت دولة نامية إلى اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بمقتضى المرسوم بالقانون رقم 2 لسنة 1987[1] وقد جاء في ديباجة اتفاقية إنشاء هذه الوكالة أن من أهدافها رفع المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية من تسيير وتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية، ورغبة في تعزيز تدفق رأس المال والتكنولوجيا للأغراض الإنتاجية لهذه الدول وطبقاً لأسس عادلة مستقرة لمعاملة الإستثمارات الأجنبية، في سبب إنضمام الدولة لهذه الاتفاقية جاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي[2]:

ولما كان انضمام الكويت لهذه الاتفاقية يحقق لها مزايا عديدة، منها أن هناك مجالات عديدة للإستثمار في الدول النامية، قد تكون مجزية متى توافر لها الضمان الكافي من خلال الوكالة. كذلك بحث إمكانية تحويل بعض القروض الموجودة لدى الدول المعسرة إلى مشاريع استثمارية يتم التأمين عليها لدى الوكالة. كما أن الكويت من الدول الرائدة والتي لها تواجد استثماري في مناطق عديدة من العالم، ومشاركتها في هذه الوكالة ستكون رافداً من روافد معرفة اتجاهات ومشاكل الاستثمار في الدول النامية....

ثانياً: الاتفاقيات الإقليمية: هذا وعقدت دولة الكويت وهي دولة عربية وخليجية ومسلمة العديد من الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية[3] في مجال الاستثمار لتشجيع التعاون الاقتصادي والتجاري مع الدول العربية والخليجية والإسلامية ودخلت حيز النفاذ بعد التصديق عليها من الحكومة الكويتية وذلك على النحو الآتي:

---

[1] نشر في الكويت اليوم العدد 1704.

[2] نشر في الكويت اليوم العدد 1704.

[3] من الاتفاقيات الثنائية إتفاق التعاون الاقتصادي بين حكومة دولة الإمارات العربية وحكومة دولة الكويت في 30 حزيران 1973 وصدقتها الكويت بالقانون رقم 22 لسنة 1973.

1- الاتفاقية الخاصة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سنة 1970:

في إطار جهود جامعة الدول العربية لتشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها وتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها فقد تم إبرام هذه الاتفاقية للتأكيد على أهمية الدور الذي يمكن أن يقوم به المستثمر العربي في هذا الميدان متى توافر له الضمان المناسب. فقد وافق مجلس الوحدة الاقتصادية في دورته العادية الخامسة عشرة التي عقدت في أغسطس/1970 وبقراره رقم 157/467جـ دمشق اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

وكان الغرض الأساسي من هذه المؤسسة هو تأمين المستثمر العربي بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر غير التجارية[1].

وقد اهتمت الاتفاقية بفض المنازعات التي قد تثار حول تنفيذها أو تطبيقها فجاء في المادة 34 من الباب التاسع المتعلق بهذا الشأن أن الخلافات التي قد تنشأ بين المؤسسة وقطر إنسحب من الاتفاقية أو عضو زالت عنه صفة العضوية فيتم تسويتها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في ملحق هذه الاتفاقية ما لم يتفق الأطراف على وسيلة أخرى لحل المنازعة. وجاء في الملحق رقم واحد بصدد تسوية المنازعات تحديد المفاوضات والتوفيق والتحكيم وسائل لفض الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف في إطار هذه الاتفاقية وبالترتيب التدريجي بينهم فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا بعد استنفاذ طرق التسوية الأخرى وفشلها في إيجاد حل للنزاع القائم بين الأطراف؟ (م1، 2، 3، 4) وبينت المادة (2/4) القواعد الموضوعية لحكم النزاع فتلتزم هيئة التحكيم بتطبيق المصادر المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية وجاء فيها[2]: تخضع المؤسسة لأحكام الاتفاقية ولما يضعه مجلس المؤسسة من نظم ولوائح مكملة لها.

---

[1]حددتها المادة (18) من الاتفاقية بما يلي: نزاع الملكية، التأميم، المصادرة، تعذر تحويل دخل الاستثمار أو أصله إلى خارج الدولة المستثمر فيها رأس المال بسحب القيود المفروضة على العملة والأضرار التي تنجم عن الأعمال الحربية أو العسكرية أو الاضطرابات الأهلية.

[2]جاء في الملحق رقم (1) بصدد تسوية المنازعات في المادة (4) التي تتعرض لإجراءات التحكيم والقواعد الموضوعية فقرة (2) بصدد القواعد الموضوعية ما يلي: عند تطبيق محكمة التحكيم لنصوص هذه الاتفاقية ولنظام المؤسسة والقرارات الأخرى الصادرة عن مجلسها ولغير ذلك من الأحكام العقدية التي يستند إليها الأطراف في المنازعة. تلتزم المحكمة بالصادر المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية.

2– وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي[1]

هذا وأضافت المادة (2/4) من الملحق الخاص بتسوية المنازعات أنه يجوز للمحكمة إذا اتفق الأطراف أن تحكم النزاع على وفق مبادئ العدالة والإنصاف. ولا يجوز للمحكمة في أية حال الامتناع عن إصدار حكم في المنازعة بحجة نقص القانون الواجب التطبيق.

وبعد هذا العرض تبين لنا أن هيئة التحكيم ملزمة أولاً بتطبيق أحكام اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار والتقيد بما يصدره مجلسها من أحكام واردة في اللوائح والأنظمة التي تعد بمثابة مصدر مكمل لما جاء في الاتفاقية الأصلية.

ثانياً: يطبق المحكم الأحكام الواردة في العقد التي يستند إليها الأطراف في المنازعة بكونها القانون المتفق عليه طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة الصريحة أو الضمنية. فإذا تعذّر التوصل إلى حل النزاع جاز للمحكم تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين القطرين المتنازعين إلى جانب المبادئ المعترف بها في القانون الدولي وهي المبادئ العامة التي جاء النص عليها في المادة 38 من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية كما قدمنا سابقاً.

وتبين من نصوص هذه الاتفاقية عزفها عما سار عليه الفقد التقليدي من تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق. وإنما آثرت الإشارة إلى ذلك من خلال نصوص الاتفاقية ومن خلال جملة الأحكام العقدية التي يستند إليها الأطراف في المنازعة. ويفهم منه أنه يمكن لأطراف الاتفاق إسناد المنازعة لقانون ما قد يكون قانون الدولة المضيفة أو قانون دولة المستثمر أو أي قانون آخر وذلك احتراماً لمبدأ حرية الإرادة. وأنه لا يلجأ للمبادئ المشتركة ومبادئ القانون الدولي إلا في حالة خلو الاتفاق من القانون الواجب التطبيق فيمكن للمحكم هنا الاستعانة بالمبادئ الأولى والثانية مصدراً مكملاً للثغرات الواردة في

---

[1] انظر (مجموعة التشريعات الكويتية) كمال يلي– إدارة الفتوى والتشريع سنة 1987 الجزء التاسع ص275.

قانون إنشاء المؤسسة أو في اتفاق الأطراف المتنازعة ذاته. هذا وقد انضمت دولة الكويت لهذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم 37 لسنة 1972[1].

– اتفاقية امتياز شركة نفط الكويت المحدودة 23 من ديسمبر سنة 1934

وقد أبرمت في 16 من رمضان 1356هـ الموافق 23 من ديسمبر 1934 وقد فازت بها شركة نفط الكويت (K.O.C)والتي تمتلكها الشركة الإنجليزية (بريتش بتروليوم وشركة جلف الأمريكية)[2].

طرفاً عقد الامتياز الشيخ أحمد آل جابر الصباح حاكم الكويت وقتذاك وشركة نفط الكويت المحدودة وهي شركة مشتركة بريطانية أمريكية تملك الحصة البريطانية شركة نفط دارس (شركة البترول البريطانية) وتملك الحصة الأمريكية شركة جلف أويل كوربوريشن.

مدة الامتياز : 75 عاماً من تاريخ توقيعها.

مفهوم الاتفاق:

1- منحت الشركة امتيازاً مطلقاً لتستكشف وتبحث أو تحفز الأرض لإنتاج وإستغلال الغاز الطبيعي أو الأسفلت والنفط الخام ضمن إمارة الكويت بما في ذلك الجزء والمياه التابعة لها كما هو مبين في الخارطة المرفقة بهذه الاتفاقية، كما كان لها حق استخراج البترول ونقله وبيعه في الكويت أو تصديره للخارج مع مراعاة عدم القيام بأي عمل من هذه الأعمال في المناطق التي أقيم عليها الجوامع والأبنية المقدسة والمرافق....

---

[1]نشر في الكويت اليوم العدد 884.

[2]وقد شهدت فترة ما قبل الحصول الإمتياز صراعاً ومنافسة حادة بين الشركة الإنجليزية والشركة الأمريكية حيث كانت كل واحدة منهما تسعى للإستئثار بامتياز التنقيب عن النفط لنفسها وعلى وجه الخصوص بعد الأهمية الكبرى التي بدا يمثلها النفط في ميدان الصراع السياسي والاقتصادي الدولي. وقد شجع على ذلك بوادر العثور على النفط في إمارة البحرين. فكانت الشركة الإنجليزية تستمد قوتها من واقع الاتفاقية البريطانية المرمة مع الكويت سنة 1899 بينما كانت تساند الشركة الأمريكية سياسة الباب المفتوح التي كانت تنادي به أمريكا آنذاك. فكانت النتيجة أن توصلت الشركتان بعد مباحثات مضنية دامت أكثر من ثلاث سنوات إلى صيغة اتفاق تقضي بتأسيس شركة نقط الكويت يساهم بها كلا من الشركتين الأمريكية والإنجليزية بالتساوي وقد تمكنت هذه الشركة على الحصول على أول امتياز بترولي في الكويت.

الإيجارات والمكافآت والعائدات

2- تم تحديد المزايا الاقتصادية التي تحصل عليها الكويت من هذا العقد وتسمى بالعوائد النفطية[1] فتدفع الشركة في البداية مبلغ 47500 روبية من تاريخ التوقيع على هذه الاتفاقية إضافة إلى رسوم امتياز قدرها 3 روبيات عن كل طن انجليزي مستخرج (مادة 35). والتزام الشركة بتقديم بياناً بالبترول المستخرج وكشفاً بقيمة الفوائد إذا استحق منها شيء للشيخ عن تلك السنة (م4).

حقوق والتزامات متنوعة:

3- وحددت المواد (5، 6، 7) حقوق الشركة المستغلة للنفط مع بيان الستهيلات اللازمة للقيام بأعمالها على أكمل وجه من أرض وأدوات وبناء منشآت ووقود وطعام....الخ.

كما بينت المادة (10) التزام الكويت بتجهيز وسائل الحماية كافة للشركة ومستخدميها من السرقات ومن قطاع الطرق والتعدي وتعمد الضرر......

4- **القوة القاهرة:** جاء في المادة (16) ما يلي:

إن التقصير من الشركة عن القيام بأ شرط من شروط هذه الاتفاقية لا يعطى الشيخ حقاً بمطالبة الشركة بشيء أو يعد إخلالاً بهذه الاتفاقية ناتج عن قضاء وقدر عن القيام بأحد شروط هذه الاتفاقية فإن مدة التأخير تضاف إلى المدة المحددة بهذه الاتفاقية وتم تحديدها بما يلي:

أينما تذكر في هذه الاتفاقية الكلمتان قضاءً وقدراً يكون المقصود بهما قدر سماوي أو حربي أو عصيان أو قلاقل أو ثورة مدنية أو مداً أو زوبعة شديدة أو موجة مد شديدة أو طغيان.... أو غير ذلك من الأمور التي لا تستطيع الشركة أن تدفعها أو تتسلط عليها.

---

[1] عائدات النفط: وتعرف بأنها المزايا الاقتصادية التي يحصل عليها البلد المنتج للبترول والتي يمكن تقديرها مباشرة نقدياً عند التعاقد وهذه العائدات تمثل في الوقت الحاضر نسبة في الدخل القومي في الدول العربية المنتجة وتمثل القسم الأعظم من حصيلة العملات الأجنبية ويمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين:

يشمل القسم الأول – الضرائب – الأتاوة– الأرباح المشاركة– أرباح الإنتاج

أما القسم الثاني فيتكون من : المنح بأنواعها (منحة توقيع– منحة استكشاف) – الإيجارات– وتحمل الأجنبي لنفقات البحث والاستكشاف.

تسوية المنازعات: جاء تحديد الوسيلة التي يتم بها حل الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين طرفي العقد بما يلي:

"إذا حدث في أي وقت في أثناء سريان هذه الاتفاقية أي خلاف أو نزاع ما بين الفريقين المتعاقدين حول تفسيره أو تنفيذه أو شأن أو شيء آخر مذكور فيه أو له علاقة به أو بالحقوق والواجبات المترتبة على كل من الفريقين فإن هذا يجب – إذا عجز الفريقان عن الاتفاق فيما بينهما أو بعد المفاوضة مع الوكيل السياسي البريطاني في الكويت أو الممثل السياسي في الخليج العربي أن يعرض على حكمين يختار كل فريق واحداً منهما وفيصل يختاره الحكمان قبل السير في إجراءات التحكيم" (م1/18). ويلاحظ على ما جاء في هذه المادة التدرج في تحديد وسائل تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المعنية فحددتها أولاً بالمفاوضات وهي تعني تبادل الرأي بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل للنزاع القائم، وفي حالة فشل هذه الوسيلة يلجأ إلى المفاوضة مع الوكيل السياسي البريطاني وذلك كوسيط لحل الخلاف في خطوة ثانية، وهذا يعني مساهمته في المفاوضات التي تدور بين المتنازعين في محاولة لتقريب وجهات النظر المتعارضة. ونرى أن عمل هذا الأخير أقرب إلى التوفيق منه إلى المفاوضة فقد يساهم الوكيل السياسي في إحتواء النزاع، وإلا فلا مناص من اللجوء إلى التحكيم وذلك كخطوة ثالثة وأخيرة لحل الخلاف، وتعتبر الوسائل الأولى من الوسائل الدبلوماسية أو السياسية لتسوية المنازعات أما التحكيم فيعد من طرق التسوية القضائية وهو يعني النظر في النزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع[1]، والتحكيم من الوسائل القديمة لتسوية المنازعات ولكنه ظهر بوضوح في أوائل هذا القرن ويعتبر من العوامل الأساسية التي ساهمتفي التحرر من ربقة القانون الوطني للدولة المضيفة، ونرى أن اتفاقية شركة نفط الكويت وفقت في تبني هذه الوسيلة لتسوية المنازعات وذلك لترغيب المستثمر الأجنبي وتأمينه، فالتشريعات الداخلية في الدولة المضيفة لا تقدم ضماناً كافياً للمستثمرين يكفل لهم قيام الدولة بتسوية المنازعت معهم عن طريق التحكيم حيث تملك الدولة تعديل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة فإن تضمين الإمتيازات النفطية شرطاً للتحكيم يقدم ضماناً أفضل للمستثمرين، فيكون هذا الشرط ملزماً للدولة ولا يمكن لها العدول

---

[1]د. علي صادق أبو هيف "القانون الدولي العام" منشأة المعارف بالاسكندرية، 1995 ص728-766 وفي التحكيم ص740.

عنه والإداء بالحصانة القضائية طبقاً لإعتبارات السيادة. إلا أن الاتفاقية أغفلت بنداً من أهم البنود وهي مسألة القانون الموضوعي الواجب التطبيق على المنازعة فلم تعرض له لا من قريب ولا من بعيد وقد يرجع ذلك إلى الظروف المحيطة بإبرام هذه الاتفاقية وإلى قلة الوعي بأهمية هذا القانون من جانب الطرفين. هذا وقد حققت شركة نفط الكويت اكتشافات باهرة للنفط، وفي 30 يونيو سنة 1946 تم تصدر أول شحنة من نفط الكويت إلى الخارج. هذا وقد تطورت العلاقة بين هذه الشركة والحكومة بإجراء تعديلات عديدة على اتفاقية الإمتياز الأصلية نوجزها فيما يلي:

1- **الاتفاقيات الإضافية الجامعة والتي عقدت في الكويت في أكتوبر سنة 1955** بين الطرفين لتحل محل الاتفاقيات المبرمة في 30 نوفمبر 1951. وفيها اتفقتا على اقتسام الامتياز بكامل حقوقه وميزاته والفواد التي تجنى منه مناصفة. وبمقتضى الاتفاق الجديد في أكتوبر 1955 والذي تكون من جزئين – تم في الجزء الأول منه تحديد الأموال المستحقة للكويت في حالة ما إذا توقف المشرع بسبب القوة القاهرة بمبلغ 5,000,000 تدفعها الشركة مقدماً كتأمين لهذا الضمان وتقديم منحة سنوية قدرها 45,000 إسترليني لتعليم عدد من الكويتيين في جامعات ومدارس خارج الكويت، علاوة على تحديد الجزر والمياه وأراضي الخليج التي يشملها الامتياز. وتم تغيير تاريخ حساب العوائد وغيرها من الدفعات التي تدفع حسب شروط الامتياز. أما الجزء الثاني فتم فيه تحديد كمية البترول المنتج وضمانة استخراجه من قبل الشركتين الإنجليزية والأمريكية.

2- **اتفاقية النفط الخام ومنتجاته في أكتوبر 1955** وتتعلق بتعديلات في الاتفاق السابق لسنة 1955 وإلغاء إتفاق 1951 (ما عدا النقطة الثانية) وتعديلات أخرى في عوائد النفط الخام على أساس جديد.

4- تم تخلي الشركة في سنة 1962 عن 9,262 كيلو متر أي أكثر من 50% من أراضي امتيازها بمقتضى الاتفاقية المتعلقة بالتخلي عن نصف منطقة الامتياز المؤرخة في 17 يناير 1963 (وفي مايو 1967 تخلت عن مساحات أخرى جديدة من منطقة الامتياز).

5- اتفاقيات امتياز شركة الزيت الأمريكية المستقلة في 28 يونيو سنة 1948:

أبرمت هذه الاتفاقية في 28 يونيو سنة 1948 بين صاحب السمو الشيخ أحمد الجابر الصباح والشركة المستقلة الأمريكية وهي شركة مسجلة في ولاية ديلاوار وتتألف من مجموعة من الشركات الصغيرة كان على رأسها شركة فيليبس (37%) وشركة سيجنال (33,5%) وشركة أتلاند (14,3%).

مضمون الامتياز : 1- للشركة الحق المنفرد في أن تكشف وتبحث وتحفز لإنتاج واستغلال الغاز الطبيعي والنفط الخام (م/1) ضمن المنطقة المحايدة المعروفة بالمنطقة الكويتية السعودية للنصف الكويتي المشاع من الإقليم البري للمنطقة شاملاً المياه الإقليمية[1].

الإيجارات والمكافآت والعائدات: 1- تدفع الشركة إضافة إلى الإيجار السنوي البالغ 625 ألف دينار رسوم امتياز بمعدل 2,5 دولار لكل طن إنجليزي منتج وكذلك عليها أن تمنح للحكومة حصة قدرها 15% من مجموعة أسهمها.

2- ربع سنوي قدره 12,5 بحد أدنى مليون دولار سنوياً، وذلك على كل من الزيت الخام والغاز الطبيعي، والضريبة على صافي الدخل طبقاً لقانون ضريبة الدخل الكويتية- وقرارات منظمة الأوبك.

2- **بعض من الحقوق والتزامات متنوعة:** 1- إلتزام الشركة بتقديم بيانات بالنفط وعائدات من عوائد السنة (م/4).

2- يمنح الشيخ الشركة مجاناً الحق التام باستعمال أو وضع اليد على جميع الأراضي غير المحرومثة وتحتاج إليها الشركة لأغراض تتعلق بأعمالها (م/9).

[1] المنطقة المحايدة بين كل من الكويت والسعودية وهي مساحات من الأراضي تقع على الحدود تفصل بينهما وقد قامت الحكومة الكويتية بإبرام هذه الاتفاقية استناداً لاتفاقية العقير لعام 1925 ووقع عليها كل من الملك عبد العزيز آل سعود والشيخ أحمد الجابر الصباح حاكم الكويت وبمقتضاها تم تقرير مبدأ المساواة بين البلدين المتجاورين في التمتع بمختلف الحقوق في المنطقة.

3- يحتفظ الشيخ لنفسه الحق بمنح الإجازة بمشورة الشركة أو شركات أخرى من الشركات التي تشتغل الأراضي النفطة ضمن الأراضي المجاورة لحدود المنطقة المحايدة وأن تمد خطوط الأنابيب وأن يسمح لها بحق العبور (م9/ب).

4- يمنح الشيخ الشركة ومستخدميها وممتلكاتها كافة وسائل الحماية التي في وسعه من الشركات ومن قطاع الطرق والتعدي وتعمد الضرر (م/10) (م/11).

3- حالات إنهاء الاتفاقية : 1- عجز الشركة عن القيام بعمليات الاستكشاف الجيولوجي والجيولوفيزيكي والحفر، وعجزها عن دفع المسحقات الواجبة عليها للشيخ في خلال ستة أشهر وتقصيرها عن القيام بما تتطلبه شروط التحكيم الواردة في المادة (18). وإذا عجزت الشركة في خلال (6) ستة أشهر بعد انتهاء ميعاد أية سنة من تاريخ توقيع هذه الاتفاقية عن أن تؤدي للشيخ أية دفعات تستحق عليها بموجب المادة (3).

شروط التثبيت:جاء في م17/ أنه لا يجوز للشيخ بتشريع عام أو خاص أو بوسائل إدارية أو بأية طريقة أخرى مهما كان نوعها أن يلغي هذه الاتفاقية إلا بما هو مسطور في المادة (11). ولا يجوز أن يحدث أي تبديل في شروط هذه الاتفاقية إلا باتفاق الطرفين.

تسوية المنازعات: حددت المادة (1/18) وسيلة فض المنازعات الناشئة عن الاتفاقية بالتحكيم بعد فشل الأطراف في التوصل إلى حل بطريق المفاوضات ويفهم ذلك من صياغة النص بما يلي: "....فإن هذا يجب إذا عجز الفريقان عن الاتفاق بينهما أن يعرضا على حكمين يختار كل فريق واحداً منهما وفيصل يختاره الحكمان قبل السير في إجراءات التحكيم. وحددت الفقرة (ب) (ج) (د) (هـ) إجراءات التحكيم "إذا حدث في أي وقت في أثناء سريان هذه الاتفاقية أي خلاف أو نزاع ما بين الفريقين المتعاقدين حول تفسيره أو تنفيذه أو شأن أو شيء آخر مذكور فيه أو له علاقة به أو بالحقوق والواجبات المترتبة على كل من الفريقين، فإن هذا يجب إذا عجز الفريقان عن الإتفاق فيما بينهما أن يعرضا على حكمين يختار كل فريق واحداً منهما وفيصل يختاره الحكمان قبل السير في إجراءات التحكيم. هذا وقد عملت هذه الشركة على إنتاج حصة الكويت من نفط المنطقة المقسومة بين الكويت والسعودية يقابلها على الجانب السعودي شركة حيتي أويل التي حصلت على إمتيازها من الحكومة السعودية، وكان إنتاج النفط يقسم بالتساوي بينهما عن طريق اتفاقية

مشاركة تنظم العمل بينهما، وحققت الشركة انتصاراتها باكتشافها بئر الوفرة وبدأ الإنتاج في 1954. ولم تصمد الاتفاقية الأصلية التي وضعت نصوصها إبان وجود الكويت تحت الحماية البريطانية والتي تضمنت العديد من القيود على سلطة حاكم الكويت تجاه الشركة **فقد تعرضت الاتفاقية الأصلية لتعديلات** عديدة نوجزها فيما يلي:

1. اتفاقية أبرمت في 22 من شهر سبتمبر 1949 الموافق 30/ذي القعدة/ 1368هـ بين صاحب السمو أحمد الجابر الصباح أمير الكويت طرفاً أول وبين الشركة الأمريكية المستقلة للنفط طرفاً ثانياً وبموجبه تم منح الكويت 15% من أصل مجموع أسهم الشركة التي ستتفرع عن هذه الشركة للقيام بأعمال التنقيب والتحري عن النفط ومشتقاته في المنطقة الموضحة بموجب هذه الاتفاقية (م3).
2. وتم إضافة مناطق الجزر المسماه باسم "كبر" و"قاروه" و"أم المرادم" بما في ذلك المياه الاقليمية المتعلقة بكل واحدة منها. (م/1).
3. تدفع الشركة عوائد قدرها 2,2 دولارين ونصف عن كل طن إنجليزي زنة (2240 طن) من النفط المستخرج والمحرر بوساطة الشركة. (م3/أ).
4. حالة إنهاء الاتفاقية من شيخ الكويت تم تحديدها في المادة (11) وهي حالة ما إذا عجزت الشركة عن القيام بما هو مفروض عليها بموجب المادة (2) من هذه الاتفاقية فيما يتعلق بالاستكشاف الجيولوجي والجيوفيزيكي أو الحفر وإذا قصرت الشركة عن القيام بما تتطلبه شروط التحكيم الواردة في المادة الثامنة عشرة.
5. تم في المادة (16) تحديد معنى القوة القاهرة وتحديد حالاتها ولم يأت ذكر لها في اتفاقية الامتياز الأصلية فأوضحت هذه المادة أن التقصير الصادر من الشركة عن القيام بألأي شرط من شروط الاتفاقية لا يعطي الشيخ حقاً بمطالبة الشركة بشيء ولا يعد إخلالاً بهذه الاتفاقية إذا كان هذا التقصير أو التأخير ناتجاً عن قضاء وقدر وأن مدة التأخير تضاف إلى المدة المحددة بهذا الاتفاقية.
6. ولم تحدد هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن تفسير أو تأويل أو تحديد الحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الامتياز واكتفت بتحديد التحكيم وسيلة لفض المنازعات واهتمت الاتفاقية بتحديد إجراءاته ومحله في حالة عدم الاتفاق

عليه وأكدت المادة (22/حـ) بأنه لا يوجد ما يمنع إنهاء الخلاف بين الشيخ وشركة نفط الكويت المحدودة عن طريق المفاوضة او التحكيم أو أي طريق مناسب آخر[1].

[2] اتفاقية لاحقة فيما بين صاحب السمو الشيخ عبدالله السالم الصباح أمير دولة الكويت وشركة الزيت الأمريكية المستقلة من ديلاوير في الولايات المتحدة الأمريكية في 29 يناير 1961 الموافق 16 صفر 1381:

1. تم التأكيد فيها على امتياز الشركة الأمريكية الأصلية سنة 1948 وبحقها الخالص في اكتشاف الغاز الطبيعي والاسفلت والبترول الخام ومستخرجاتها والمواد المشتقة منها....في المنطقة المحايدة بين الكويت والسعودية بما في ذلك جميع الجزر والمياه الاقليمية التابعة لتلك المنطقة.
2. تم فرض ضرائب على الشركة بموجب مرسوم ضريبة الدخل الكويتية رقم 3 لسنة 1955. وقانون ضريبة الدخل الكويتية (للمنطقة المعنية، رقم 23 لسنة 1961 وقانون ضريبة الدخل الكويتية رقم 22 لسنة 1961 وتم احتسابها بين الطرفين على أساس معين في المادة الثالثة وأصبحت عوائد الكويت تدفع على أساس 57% من الأرباح الفعلية أو 50% على أساس الأسعار المعلنة أيهما اكبر إلى جانب ضريبة الدخل الكويتية المتوجب دفعها بالنسبة لتلك السنة.
3. تم إضافة شرط الدولة الأكثر رعاية في المادة التاسعة.

[6] اتفاقية امتثال لضريبة الدخل فيما بين صاحب السمو الشيخ عبد الله السالم الصباح وشركة الزيت الأمريكية المستقلة من ديلاوير في الولايات المتحدة بتاريخ 29 يناير 1961 الموافق 16 صفر 1381هـ:

1- وأعلنت فيها الشركة امتثالها لضريبة الدخل المشار إليها آنفاً بمقتضى مراسيم الدخل الكويتية وقانون ضريبة الدخل الكويتية للمنطقة المعنية 1961 "وبأنها تنطبق عليها تماماً وبالشكل

---

[1]انظر (المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية) الجزء الأول أحمد يوسف العيسى في الجزء المتعلق باتفاقيات شركة الزيت الأمريكية المستقلة وفي الاتفاقية الملحقة ص1-22.

والنصوص ذاتها الواردة في تلك المراسيم وحددتها بمبلغ 18380880 دولار كمجموع للعوائد المدفوعة للأمير كبديل لتعديلات عدم التوازن مع شركة جيتي للزيت والتي تعمل من جانب المملكة العربية السعودية في المنطقة المحايد[1].

وقد حدثت تطورات جديدة في المنطقة ولا سيما بعد حرب اكتوبر سنة 1973 وارتفاع أسعار النفط أضعافاً مضاعفة ودخلت حكومة الكويت في مفاوضات طويلة مع شركة الامنيويل من أجل الحصول على كامل مستحقاتها من الشركة غير أن هذه المحاولات كانت تبوء بالفشل أمام إصرار الشركة على الاحتفاظ بامتيازها وما يدره عليها من أرباح مما أدى إلى إنهاء الحكومة الكويتية لهذا الامتياز بمقتضى المرسوم بالقانون رقم 124 لسنة 1977. وإعلان أيلوله جميع الحقوق والموجودات والمرافق بما في ذلك مرافق التكرير وغيرها مما يتعلق بالامتياز للكويت (م1 م2). وتم تأليف لجنة تعويض "تكون مهمتها تقدير التعويض العادل المستحق للشركة وتقدير الالتزامات الواجب على الشركة أداؤها سواء للدولة أو للغير (م/3).

وأسست الحكومة في الوقت نفسه شركة نفط الوفره الكويتية وتمتلكها الدولة بالكامل لمتابعة أعمال الشركة المستقلة الأمريكية التي أممت، غير أن الحكومة اكتفت بعد ذلك بأن عهدت لشركة نفط الكويت بالنيابة عن الدولة القيام بعمليات الإستكشاف والتنقيب والتخزين وعهدت إلى شركة البترول الوطنية بالنيابة عن الدولة القيام بعمليات تصفية النفط وتصنيعه. هذا وازاء عدم توصل ممثلين عن الكويت والشركة المؤممة إلى الإتفاق على قيمة التعويض على ممتلكات الشركة في الكويت وديون الكويت على الشركة فقد اتفق على تسوية الخلاف عن طريق التحكيم في باريس وسيكون لنا عودة إلى هذا الموضوع في الفصل الثاني.

---

[1] وتم تحديد هذا المبلغ كبدل لتعديلات عدم التوازن مع شركة جيتي للزيت بموجب اتفاقية عدم التوازن مع شركة جيتي للزيت المؤرخة في 15/مارس/1960 وتطبق كخصميات في ضريبة الدخل المستحقة على الشركة عن الفترة الخاضعة للضريبة الواقعة بين اول آب (أغسطس) سنة 1958 ويناير سنة 1959 ولكن لا يجوز تطبيقه على أية فترة أخرى.

5- وأخيراً نعرض لأشهر اتفاقية مشاركة عقدت في دولة الكويت وبعد إعلانها دولة مستقلة في سنة 1961 **وعرفت بامتياز شركة هيسا نويل**[1]**في 3 من شهر مايو 1967:**

- وتم إبرام هذه الاتفاقية في الكويت في 23 محرم 1387هـ الموافق 3 من شهر مايو 1967. **طرفاها:** حكومة دولة الكويت، وشركة البترول الوطنية الكويتية، وهي شركة مساهمة كويتية ومركزها المسجل في مدينة الكويت، والشركات التي تتفرع عنها وتخلفها وتؤول إليها ملكيتها (وتسمى فيما يلي باسم [س.ن و.ك])

وبين "هسبان نيكادي بتروليوس" أس. أي. وهي شركة مساهمة اسبانية ومركزها المسجل في مدينة مدريد، والشركات التي تتفرع عنها وتخلفها وتؤول إليها ملكيتها وتسمى فيما يلي باسم "هيسبا نويل" طرفاً ثانياً ويطلق على س.ب. و.ك و"هيسا نويل" معاً إسم "الشركتان"[2].

مضمون الاتفاق: تمنح الحكومة الشركتين بموجب هذه الاتفاقية الحقوق الآتية على ألا تكون هذه الشروط محملة للشركتين "بالتزامات أكثر مما هو سائد عموماً في منطقة الشرق الأوسط في حينه وهي:

1- حقاً مقصوراً عليهما في أن تستكشفا البترول "وتبحثا عنه وتحفرا له وتنتجاه وتستخرجاه في نطاق منطقة الامتياز".

2- ملكية مقصورة عليهما لجميع البترول "الذي يتم إنتاجه واستخراجه في نطاق الامتياز".

3- الحق داخل الكويت في تكرير جميع البترول أو بعضه مع تعهدات عديدة تلتزمها الشركة وهي المراعاة اللازمة لطبيعة البحر المحيط (بمنطقة الامتياز) وعدم التدخل في حرية الملاحة واتخاذ الاحتياطات كافة لحماية الصيد والغوص والملاحة... ومنع تلويث البحار بالزيوت. (م1/2)

---

[1]نشرة الجريدة الرسمية (كويت اليوم) ملحق العدد 682 السنة 14 ص3.

- الحكومة الكويتية كانت تساهم بنسبة 60% من رأس مال شركة البترول الكويتية. وكان القطاع الخاص الكويتي يساهم بنسبة 40% منه. معنى ذلك أن المشاركة جمعت أطرافاً ثلاثاً هي هيسبا نويل التي لها 49% من الامتياز والحكومة الكويتية التي لها 60% من ال 51% أي 30,6 من الامتياز وأخيراً القطاع الخاص الكويتي الذي له 40% من ال 51% أي 20,4 من الامتياز.

[2]في اجتماع للجمعية العمومية للشركتان في تاريخ 1976/12/14 تم إنهاء امتياز شركة هيسبا نويل على أن يكون التاريخ الفعلي للتخلي هو 31 اكتوبر 1976.

مدة الاتفاقية: تم الاتفاق في امتياز شركة هيسبا نويل على أن تكون المدة 35 عاماً ابتداء من تاريخ نفاذ الاتفاقية مدة أولى ثم لمدة خمس سنوات بعد ذلك بشروط يتفاوض عليها الطرفان خلال السنة السابقة لإنتهاء المدة الأولى (م1/2). ويتضح منها وعي الدولة النفطية بسلبيات نظام الامتيازات التقليدي التي كانت تبرم لمدد طويلة تتجاوز بكثير حاجات الشركات إلى مدد معقولة تكفي لأعمال التنقيب والحفر والاستكشاف فسارعت إلى تبني مدد أقل بكثير عما كان عليه الحال سابقاً.

منطقة الامتياز: وقد ورد بيانها في الملحق [1] المرفق بالاتفاقية وتنقسم هذه المنطقة إلى ثلاثة أجزاء:

هي المنطقة الغربية والشمالية والجنوبية وتضم أجزاء من البر الأصلي والجزر التابعة لدولة الكويت وكما هو موضح في هذه الوثيقة.

العوائد: في مقابل الحقوق الممنوحة للشركتين بموجب هذه الاتفاقية تدفع الشركتان للحكومة ما يلي:

1- إيجاراً سنوياً قدره ألف دينار كويتي (1000 د.ك).

2- مكافآت قدر كل منها مليون دينار كويتي.

3- عائدات قدرها 12,5% من السعر المعلن، في يوم الانتاج عن كل برميل من الإنتاج الصافي للشركتين.

حقوق والتزامات أخرى: 1- تحقيقاً لأغراض "الشركتين" فلهما الحق في أن تنشأ وتشتغلا في منطقة الامتياز" محطات توليد القوى والمصافي وخطوط الأنابيب.

2- للشركة استئجار ناقلات نفط ترفع علم الكويت.

3- بعد بدء "صادرات البترول المنتظمة" تساهم الشركتان في تكاليف "إدارة شؤون النفط العامة".

4- تهيئ الحكومة للشركتين ولموظفيهما وممتلكاتهما كل حماية ممكنة من السرقة وقطاع الطرق ومن التعدي.

القوة القاهرة: حددتها المادة (24) وهي تعني في مفهوم الاتفاقية ما يحدث قضاءً وقدراً ومثالها الحرب والثورة وأعمال الشغب والاضطرابات المدنية.

وجاء النص عليها على سبيل المثال وليس الحصر بدليل النص في المادة على ما يلي: "وأية حوادث أخرى لا تستطيع الشركتان في حدود المعقول أن تحولا دون حدوثها أو السيطرة عليها".

تسوية المنازعات: جاء في المادة (1/28) ما يلي:

1- إذا نشأ في أي وقت أي نزاع أو خلاف بين الطرفين المتعاقدين بموجب هذه الاتفاقية يتعلق بتفسير أحكامها أو تنفيذها بأي شيء مما تضمنتهت أو مما يتصل بها أو بحقوق والتزامات أي من الطرفين، ولم يتوصل الطرفان إلى أي إتفاق لتسوية هذا النزاع أو الخلاف بطرق اخرى يحال إلى المحاكم الكويتية لتسويته.

فعلى خلاف اتفاقيات الامتياز الأولى تضمن هذا النص تراجعاً في اللجوء إلى التحكيم وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة الحالي، فأحالت بشأن ذلك إلى المحاكم الكويتية لتسوية ما يمكن أن ينشأ من خلاف حول تفسير أو تأويل أو تنفيذ الاتفاقية، ويرجع ذلك إلى التغيرات الدولية في منطقة الشرق الأوسط وعلى مستوى العالم فقد استقر مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية في أكثر قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، وفي قرارات هيئة الأوبك كما قدما ذلك سابقاً، واهتمام الدول المنتجة بالنفط وعقود الامتياز التي تؤدي إلى استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعي فضلاً عن أن من يقوم بإبرامها هي الدولة شخصاً اعتبارياً مما يحول دون عقد الاختصاص بمنازعاته لغير القضاء الوطني، مما دفع معظم الدول المضيفة إلى النظر للتحكيم بعين الشك والريبة باعتباره وسيلة لإدارة مصالح الطرف الأجنبي الخاص[1].

- وبينت المادة (32) القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة بما يلي:

"يقيم الطرفان علاقاتهما فيما يتعلق بهذه الاتفاقية على مبادئ حسن النية والاخلاص وبالنظر إلى اختلاف جنسية الطرفين فإن هذه الاتفاقية تعطي مفعولها وتفسر وتطبق طبقاً للمبادئ القانونية

---

[1] الغنيمي، محمد طلعت، (1991)، شروط التحكيم في اتفاقيات البترول، ص 101.

المشتركة بين الكويت واسبانيا، وإذا لم توجد مثل هذه المبادئ المشتركة فطبقاً للمبادئ القانونية المعترف بها عادة في الدول المتمدينة بصورة عامة بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية[1].

ويلاحظ من هذه النص اهتمامه بالقانون الواجب التطبيق نظراً لأهمية هذا الأخير في منع إثارة الخلافات بين أطرافه في المستقبل وحددته الاتفاقية بالمبادئ المشتركة بين الكويت وأسبانيا نظراً لاختلاف الدول التي ينتمي إليها أطراف الاتفاق، وقلما نجد مبادئ يتفق عليها الأطراف في قوانين دولهم نظراً للمصالح المتباينة التي يعكسها العقد موضوع المنازعة مما دفع أطرافه إلى إيراد قانون آخر يطبق على الخلافات التي يمكن أن تنشأ عن العقد، وهي المبادئ العامة المعترف بها في الأمم المتمدينة بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية وهي إشارة إلى تطبيق القانون الدولي لأن هذه المبادئ مصدر من مصادر هذا القانون الأخير، وقد جاء النص عليها في المادة 38 من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية وهي مصدر خصب لمبادئ موضوعية وقواعد إجرائية.

---

[1]انظر ما سبق في مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية الفصل الأول ص63.

الفصل الثاني

آثار التحكيم في العقود البترولية والقانون الواجب التطبيق

إن الذاتية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم في عقود البترول تقضي أن يكون لشرط التحكيم شروط صحة خاصة به خلال الشروط المتعلقة لصحة العقد الأصلي وهذا كان لاختلاف المراكز القانونية لأهداف العقد أثر كبير على الشروط المتطلبة لصفة اتفاق التحكيم فأحد أطراف الاتفاق دولة؛ وكذلك يوجد شريك وطني في العقد مع المستثمر كل هذا لمراكز القانون المختلفة.

واتفاق التحكيم مثل أي تصرف قانوني يرتب مجموعة من الآثار تقع على عاتق طرفي العقد بعضها آثار إيجابية والأخرى آثار سلبية وجوهر هذه الآثار هو التزام الأطراف بعرض منازعاتهم على جهات التحكيم بالأسلوب نفسه المحدد في اتفاق التحكيم وعدم رفع النزاع المتفق على حله بطريق التحكيم أمام قضاء الدولة، كما أن قضاء الدولة عليه أن يرفض الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم متى دفع المدعى عليه بذلك قبل إبداء أي طلب أو دفع في الدعوى فاحترام اتفاق التحكيم واجب على كل الأطراف وعلى القضاء.

ومن الآثار التي تترتب على شرط التحكيم أن يتمتع باستقلالية عن باقي بنود العقد ولا يصيبه ما يصيب باقي البنود من بطلان أو فسخ.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: آثار التحكيم في العقود البترولية

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود البترول

المبحث الأول

آثار التحكيم في العقود البترولية

متى أقام اتفاق التحكيم صحيح فإنه يترتب مجموعة من الآثار في مواجهة أطراف حيث يلتزم الأطراف بعرض النزاع أو المنازعات التي تنشأ عن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم على هيئة التحكيم وهذا الأثر يطلق عليه اسم الأثر الإيجابي كذلك يتلزم الأطراف بعدم عرض النزاع الذي يقع بينهم على القضاء فإذا خالف أحد الأطراف ورفع الدعوى أمام القضاء كان للطرف الآخر وهو المدعى عليه في الدعوى أن يرفع أمام القضاء بعدم قبول الدعوى استناداً إلى اتفاق التحكيم وهذا الأثر يطلق عليه اسم الأثر السلبي.

فالأثر الإيجابي هو التزام يقع على الأطراف باعمال ما اتفقوا عليه فيما بينهم مع وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ فمتى حصل بينهم خلاف هنا يصبح قضاء التحكيم هو المختص بالنزاع أمام قضاء الدولة فإنه يجب عليه أن يمتنع عن النظر النزاع متى طلب منه أحد الأطراف ذلك هذا هو مقتضى الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم أن يمتنع القضاء عن نظر النزاع الذي هو من اختصاص جهة التحكيم.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

المطلب الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

المطلب الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

أول ما يترتب على اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بعرض نزاعهم على جهة التحكيم، وتعد هي صاحبة الولاية في الفصل في النزاع ويعد الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم هو مراد الطرفين من ابرام الاتفاق وهو نتيجة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فهو ملزم للطرفين فمتى اتفق الأطراف على التحكيم فهم ملتزمون بهذا الاتفاق فالتحكيم ما هو إلا عقد مبرم بين الطرفين يلتزم كل واحد منهم باحترامه عن طريق الدخول في عملية التحكيم والسير بها حتى صدور حكم التحكيم.

والأثر الإيجابي في حقيقته هو التزام ملقى على عاتق المدعي فيجب عليه اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه منذ البداية فهو الذي يبدأ بتحريك الدعوى إذا لجأ إلى القضاء العادي فإنه يكون قد خالف الأثر الإيجابي.

وستقوم الباحثة بتفسيم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول : تعريف الأثر الإيجابي

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الإيجابي والأثر الإيجابي على الاتفاقيات

الفرع الثالث: موقف أحكام القضاء من الأثر الإيجابي

الفرع الأول: تعريف الأثر الإيجابي

يعني الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل في النزاع دون سواها من هيئات التحكيم أو محاكم الدولة والتزام هيئة التحكيم أو محاكم الدولة.

والتزام هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المحدد طبقاً لما اتفق عليه الأطراف فالأثر الإيجابي يكيف على أنه عملية فصل الخصومة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر كأنه حكم قضائي صادر من المحكمة[1].

إن اتفاق التحكيم ما هو إلا التزام بين الأطراف بعرض النزاع القائم بينهم على هيئة التحكيم كأسلوب لإنهاء المنازعات وإلا صار اتفاق التحكيم مفرغاً من مضمونه وصار لغواً وعبئاً على الأطراف وإذا تم الاتفاق على التحكيم ثم امتنع أحد الأطراف عن المشاركة في عملية التحكيم فإن مبدأ القوة الملزمة للتحكيم يؤتي ثماره حيث سيتم تشكيل الهيئة والاستمرار في التحكيم بالرغم من هذا الرفض وعلى هيئة التحكيم السير بالدعوى حتى إصدار حكم فيها[2].

ولقد اعترفت معظم التشريعات بمبدأ الاختصاص لهيئة التحكيم دون سواها بتسوية النزاع فلا يملك أي من طرفي العقد في ظل وجود شرط التحكيم أن يحيل النزاع في محكمة قضائية وطنية أو دولية وإذا حدث ذلك فإنه يتعين على هذه المحكمة أن تمتنع عن نظر النزاع متى طلب منها الطرف الآخر بأن عليها أن تحيل النزاع إلى التحكيم[3].

وقد نصت المادة (173) من قانون المرافعات المدنية واتجارية الكويتية في الباب الثاني والمتعلقة بالتحكيم في الفقرة الرابعة من ذات المادة على أنه " ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي أتفق على التحكيم في شأنها " .

وقد نصت المادة (8) من قانون التحكيم الأردني على انه لايجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبنية فيه

---

[1]مصطفى أحمد بركات، حق الالتجاء إلى التحكيم بين القواعد الدستورية (مرجع سابق)، ص172.

[2]عبد المطلب ممدوح عبد الحميد تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم والقضاء، مرجع سابق، ص80.

[3]السيد أحمد، الوجيز في التحكيم (مرجع سابق)، ص66.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الأثر الإيجابي والأثر الإيجابي في الاتفاقيات

أولاً: النتائج المرتبة على الأثر الإيجابي

1- إذا ما لجأ أحد الأطراف إلى القضاء في حالة وجود شرط التحكيم فإن القضاء يلتزم برفض الدعوى إذا ما تمسك أمامه الخصم الآخر مثل إبداء أي دفع أو طلب في الدعوى وهذا الأثر قد نص عليه قانون التحكيم المصري[1].

والاستمرار في الدعوى أمام القضاء بالرغم من الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجعل الحكم الصادر باطلاً فإذا رفع أحد الأطراف الدعوى أمام المحكمة فإن ذلك لا يمنع الطرف الآخر من عرض نفس الدعوى أمام هيئة التحكيم ويكون لها الاستمرار في الدعوى وإصدار الحكم.

2- التزام القضاء بتكملة هيئة التحكيم في حالة عدم قيام أحد الأطراف باختيار محكمة إذا تقاعس أحد الأطراف في اتفاق التحكيم عن اختيار محكمة كان الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لاجبار خصمه على اختيار المحكم، وقد قدمت معظم القوانين معالجة كافة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة، فالاتجاهات الحديثة في قوانين التحكيم ترمي إلى تفعيل الاتفاق عن طريق معالجة أي امتناع من أحد الأطراف متى كان يترتب على هذا الامتناع الاضرار بعملية التحكيم مثل عدم المشاركة في اختبار إجراءات التحكيم[2].

ضمان الدولة تنفيذ الحكم عن طريق إعطاء الأطراف سلطة عرض الحكم على المحكمة المختصة للحصول على الأمر بالتنفيذ واجبار الأطراف على قبول الحكم وتنفيذه.

3- يترتب على الأثر الإيجابي أن يصبح هذا الاتفاق أساساً لاختصاص المحكمين بالفصل في النزاع فاتفاق التحكيم هو الذي يمنح السلطة للمحكمين للفصل في النزاع وهو الذي يحدد مدى هذه السلطة[3].

---

[1] المادة (13) من قاون التحكيم "يجب على المحكمة التي يرفع إليها تنازع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب، ودفاع في الشكوى".

[2] عبد التواب أحمد إبراهيم 1986 اتفاق التحكيم، دار النهضة، القاهرة، ص156.

[3] رضوان أبو زيد 1981 الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص66.

ثانياً: الأثر الإيجابي في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم

فقد نصت اتفاقية نيويورك (3/2) على "على المحكمة في أية دولة متعاقدة عندما يعرض عليها في مسألة إبرام الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب إحداهما".

كذلك نص على هذا الأثر القانون النموذجي 1985 في المادة الثامنة والتي تنص "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم التي تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بياناته الأولى في موضوع النزاع[1].

وبذلك يتضح لنا أن القانون النموذجي قد نص على الأثر الإيجابي حيث ألزم المحكمة أن تحيل الأطراف إلى التحكيم فهو القضاء المختص بالفصل في النزاع.

كما أخذت بالأثر الإيجابي اتفاقية واشنطن عام 1965 في المادة 26 على أن موافقة أطراف النزاع بعد طرحه على التحكيم يعد ما لم ينص على غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية[2].

---

[1] حامد ماهر محمد لسنة 2006، وسائل تسوية المنازعات الناشئة في عقود الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، العدد 482 السنة السابعة والستون.

[2] راجع الموقع الإلكتروني

http://www.uncitorg/pd/120/abictextsarbitrol/m

الفرع الثالث: موقف أحكام القضاء من الأثر الإيجابي

أكدت أحكام القضاء على أن أهم أثر يترتب على شرط التحكيم هو استثناء هيئة التحكيم بتسوية النزاع.

- ففي مجال التحكيم البترولي نجد خير مثال على قضية شركة mobil oil عند حكومة نيوزلندا حيث حاولت حكومة نيوزيلندا منع هيئة التحكيم في نظر النزاع وذلك عن طريق محاولة استصدار أحكام قضائية في النزاع محل التحكيم وعندما تم عرض الأمر على المحكمة العليا في نيوزيلندا قررت وقف نظر جميع الدعاوى المفصلة بالنزاع محل شرط التحكيم لحين انتهاء محكمة التحكيم من عملها وذلك احتراماً للأثر الإيجابي الذي يكتبه شرط التحكيم[1].
- في حكم آخر خارج التحكيم الدولي نجد أن محكمة كاليفورنيا الابتدائية قضت في نزاع بين اتحاد الإذاعة والتلفزيون المصري وشركة التلفزيون العربي الأمريكي بعدم اختصاصها وأحالت الدعوى إلى التحكيم وذلك عندما حاولت شركة التلفزيون العربي الأمريكي في 1997/10/10 أقامت دعوى التعويض أمامها وكان الدافع من الدعوى عرقلة عملية التحكيم التي تتم بين اتحاد الإذاعة والتلفزيون المصري وشركة التلفزيون العربي الأمريكي أمام مركز القاهرة الاقليمي للتجارة الدولية والتي كان قديماً فيها اتحاد الإذاعة والتلفزيون المصري وذلك بتاريخ 1997/2/13[2].

---

[1] بربري محمود مختار أحمد لسنة 2004، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص98.

[2] جمال الدين صلاح الدين لسنة 2004 الفاعلية الدولية لغير التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ص21.

المطلب الثاني : الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم متى قام صحيحاً بين أطرافه أن يتم عرض النزاع على هيئة التحكيم التي تستأثر بالفصل فيه ويمتنع قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم وهو ما يعرف في الفقه بالأثر المانع أو السلبي لاتفاق التحكيم.

واعمال الأثر السلبي أمام القضاء يقتضي وجود طريقة يتم الدفع بها وهذا الدفع أثار حفيظة كثير من الفقهاء عن طبيعة هذا الدفع هنا ما سنحاول توضيحه.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم

الفرع الثاني:. طبيعة الدفع بالتحكيم

الفرع الأول: التفريق بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم

نعرض هنا لتعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم والأساس القانوني له وأهم النتائج المترتبة عليه والضوابط التي تحكم الأثر السلبي وما مدى صحة اتفاق التحكيم لكي يؤدي اتفاق التحكيم أثره السلبي ثم تعرض النهاية لموقف الاتفاقيات والتشريعات من الأثر السابق لاتفاق التحكيم على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

يقصد بالأثر السلبي عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم وانعقاد الاختصاص بهذا النزاع لهيئة التحكيم التي فوضها الأطراف للفصل في النزاع محل التحكيم[1].

ويعرفه أحد تلك القاعدة المادية التي تلزم الأطراف بوجوب احترام اتفاق التحكيم وعدم عرض النزاع الخاص بالتحكيم على القضاء والالتزام بعرضه على التحكيم[2].

كما عرفه جانب آخر بأنه التزام الأطراف بطرح النزاع او المنازعات التي تقع بينهم على قضاء التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى أي جهة قضائية أخرى وذلك احتراماً لشرط التحكيم المبرم بينهم.

ثانياً: الأساس القانوني للأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

ينقاد هذا الأثر من نص المادة 1/13 من قانون التحكيم والتي تنص على أنه يجب على المحكمة التي يرفع فيها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى فالأساس القانون للأثر السلبي هو نص القانون فالقضاء لا يمتنع من نظر النزاع من تلقاء نفسه بل لا بد من وجود مانع قانوني وهذا المانع هو نص المادة 13 من قانون التحكيم، التي تمنع القضاء من نظر نزاع بوحده بشأنه اتفاق تحكيم لاختصاص جهة أخرى من جهات القضائية وهي جهة التحكيم[3].

---

[1] سلامة أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص441.

[2] ابراهيم احمد ابراهيم، صور اتفاق التحكيم واستقلاله (مرجع سابق)، ص97.

[3] القاضي جمال محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي (مرجع سابق)، ص389

وترى الباحثة

أن نص المادة 13 قد جاء مطلقاً من كل شرط فليس للمحكمة أن تقوم بمراقبة صحة الشرط لأن ذلك من اختصاص المحكمين وقيام المحكمة به فيه تعدي على سلطة المحكمين حتى في حالة رفع دعوى أمام المحكمة بالرغم من وجود شرط التحكيم فلا يصح التذرع بالبطلان الظاهر لتقرير اختصاص المحكمة بنظر النزاع ويكون صاحب قرار البطلان هو المحكم أو الهيئة وعلى مدى البطلان أن يستمر في الإجراءات إلى صدور حكم التحكيم والطعن بالبطلان يشترط أن يكون قد سبق له الدفع أمام المحكمة ببطلان الشرط.

ثالثاً: النتائج المرتبة على الأثر السلبي:

1. على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى
2. لا يجوز رفع الدعوى دون بدء إجراءات التحكيم والاستمرار فيها.
3. لا يجوز للطرف الخاسر في دعوى التحكيم معاودة رفع دعواه ابتداء أمام القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع.
4. لا يتعلق الأثر السلبي بالنظام العام لذلك لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

رابعاً: الضوابط التي تحكم الأثر السلبي

لخطورة الأثر السلبي فقد أحاطه المشرع والفقه ببعض الضوابط وقد أخذت بهذه الضوابط مختلف القوانين منها القانون المصري والفرنسي ومختلف الاتفاق الدولية المعنية بشؤون التحكيم والضوابط التي تحكم الأثر السلبي هي:

1- لا تحكم المحكمة بعد رفض الدعوى لوجود اتفاق التحكيم من نفسها حتى لو تبين لها وجود اتفاق تحكيم لأنها بذلك تنكر العدالة وإنما لا بد من أن يتمسك المدعى عليه بذلك قبل التكلم في الموضوع، فالتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات مبني على إرادة الأطراف وهو يقبل التنازل عنه صراحة أو ضمناً والتجاء أحد الأطراف إلى المحكمة يعني رغبته في التخلي الضمني عن الشرط فإذا حفز الآخر خصمه يرجع الاختصاص

إلى القضاء لأن الأطراف في هذا الفرض يكون بمثابة من تقابلا من شرط التحكيم فشرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[1].

2- يجب على الأطراف الدفع أمام المحكمة بوجود اتفاق التحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفع في الدعوى موضوع النزاع على أن الطلب الذي يرفع إلى المحكمة بطلب اتخاذ إجراء وقتي أو تخفيض لا يعد تنازلاً عن اتفاق التحكيم ولا يمنع من بدء إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها إن كانت قد بدأت حيث أي طلب لا يمس أصل الحق المتنازع عليه والذي اتفق الأطراف على عرضه على التحكيم فالأثر المانع المتمثل في استبعاد اختصاص المحاكم لا يشمل الإجراءات الوقتية أو التحفيظة التي يظل الاختصاص بها للقضاء[2].

خامساً: مدى صحة اتفاق التحكيم كشرط لصحة تحقيق الأثر السلبي

حتى يعطي الأثر السلبي نتائج ويلزم المحكمة بعدم القبول أو عدم الاختصاص يجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً ولكن هل تلزم المحكمة بالاستمرار في الدعوى تبين عين لها أن الشرط غير صحيح وغير فعال كما في حالة ما ورد اتفاق التحكيم دون موافقة الوزير المختص.

اختلفت النظم القانونية في مدى سلطة القاضي في التصدي أو عدم التصدي لنزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم متى تبين بطلان الاتفاق[3].

وكذلك اختلفت الاتفاقيات الدولية في الإجابة عن السؤال السابق ويمكن حصر هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: ذهبت بعض التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية إلى أنه يشترط تحقق الأثر السلبي نتائجه أن يكون اتفاق التحكيم قد قام صحيحاً بين الأطراف فلا يكفي الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الشرط فلا بد من أن يكون هذا المحرر قد توافرت فيه كل الشروط اللازمة لصحة

---

[1] الطعن بالنقض رقم 1466 في جلسة 2004/2/2 والطعن رقم 3608 لسنة 58 جلسة 1998/12/21 راجع مجلة التحكيم العربي العدد (5) 2002 ص198.

[2] حسين محمد عبد الطاهر لسنة 2015، اتفاق التحكيم بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي التاسع لكلية الحقوق، جامعة اسيوط، ص138.

[3] بربري محمود مختار التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص67.

الاتفاق من حيث الأهلية والرضا والمحل والسبب فماذا كان اتفاق التحكيم باطلاً فإن الأثر السلبي يعقد قيمته ومن ثم يعود الاختصاص بنظر النزاع إلى المحاكم[1].

ويترتب على هذا الاتجاه إلى محكمة الدولة لا سلطة الفصل بالرغم من الدفع أمامها بوجوب اتفاق التحكيم إذا ثبت لديها أن الاتفاق على التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق كما يترتب على الأخذ بهذا الاتجاه أن سلطة المحكمة تمتد لتفحص وتراقب مدى صحة شرط التحكيم للتأكد من مدى صحته أوبطلانه ثم تقرر مدى قابلية هذا الاتفاق للتطبيق من عدمه، فإذا ما وجدت أنه قابل للتطبيق تقضي بعدم القبول أو عدم الاختصاص أما إذا وجدت باطلاً أو غير قابل للتطبيق تمضي في نظر النزاع والفصل فيه من التشريعات الوطنية التي أخذت بهذا الاتجاه قانون التحكيم التونسي 1993 في المادة (52) والتي ذهبت على أنه "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاقية تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهم" ما لم يتضح لها أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها وهكذا ذهب القانون التونسي إلى أن اختصاص المحاكم هو الأصل ولا يستبعد هذا الأصل إلا إذا كان هناك اتفاق صحيح منتج لآثاره فإذا كان هذا الاتفاق باطلاً أو غير قابل للتنفيذ هذا يعود الاختصاص للمحكمة[2].

ومن المعاهدات الدولية التي سارت على هذا الاتجاه:

- اتفاقية نيويورك 1958 في المادة 3/2 والتي تنص "على محاكم الدولة المتعاقدة أن تحيل الأطراف للتحكيم إلا إذا ثبت أن هذا الاتفاق لاغٍ أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق.

الاتجاه الثاني: ذهبت بعض التشريعات إلى التفرقة بين النزاع الذي رفع إلى المحكمة قبل بدء إجراءات التحكيم والنزاع الذي رفع بعد بدء إجراءات التحكيم فإذا كانت هيئة التحكيم لم تصل ولم تبدأ إجراءات التحكيم أمامها فإنه يجوز للقاضي حتى يتبين له أن الاتفاق باطل أو غير قابل للتطبيق أن يعلن أنه مختص بنظر النزاع متى ثبت له من البحث الظاهري أن هذا الاتفاق باطل.

---

[1] هاشم محمود 1990 النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، الفكر العربي، القاهرة، ص159.

[2] بربري محمود مختار التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص69

أما إذا كانت هيئة التحكيم قد اتصلت بالنزاع وبدأت أمامها إجراءات التحكيم وكان الاتفاق باطل حكمت المحكمة بعدم الاختصاص أو بعدم القبول لدخول هذه المسألة في نطاق اختصاص هيئة التحكيم[1].

يلاحظ أن هذا الاتجاه حاول التوفيق بين اختصاص المحكمة بنظر النزاع متى كان الاتفاق باطلاً وبين اختصاص هيئة التحكيم وسلطتها لتقرر مدى اختصاصها أو عدم اختصاصها في نظر النزاع.

أخذ بها الاتجاه قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة 1448 الخاصة بالتحكيم الداخلي والتي تنطبق على التحكيم الدولي بمقتضى قاعدة الإحالة الواردة في المادة 1/1506 والتي تنص على "إذا تم طرح نزاع متعلق باتفاق تحكيم أمام قضاء الدولة فعلى المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها ما لم يكن قد تم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم وكان يظهر أن اتفاق التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق[2].

فالقانون الفرنسي اعطى المحكمة القضائية متى وجدت الاتفاق ظاهر البطلان أن تستمر في نظر النزاع ما لم تكن إجراءات التحكيم قد بدأت فهنا يصير هذا الأمر من سلطة هيئة التحكيم طبقاً لمبدأ الاختصاص[3].

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد

إن التفرقة بين اتصال هيئة التحكيم بالنزاع أو عدم اتصالها هي تفرقة لا مبرر لها ذلك لأن ثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح اتفاق التحكيم واستعادة اختصاصه، ولا يصح أن يمتنع عن نظر النزاع إلا في حالة اتفاق التحكيم الصحيح[4].

---

[1]رمضان شعبان احمد، نطاق الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي التاسع، جامعة أسيوط، ص42.

[2]شهاب عاطف لسنة 2002 اتفاق التحكيم التجاري والاختصاص التحكيمي،دار النهيضة العربية، القاهرة، ص57.

[3]مجد هدى محمد خصومة التحكيم وحدود سلطة مرجع ساق، ص107.

[4]عبد المؤمن ناجي لسنة 1990، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة، دار النهضة، القاهرة، ص178.

كما أن المشرع الفرنسي إذا كان ينبغي احترام قاعدة الاختصاص بالاختصاص فإن هذه القاعدة يقصد بها عدم عرقلة سير عملية التحكيم ولا تؤدي إلى منع القاضي من التحقيق من صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه في حالة بدء إجراءات التحكيم فمتى ثبت للقاضي بطلان اتفاق التحكيم فعليه أن يتصدى للموضوع وأن يصدر حكماً نهائياً وعلى هيئة التحكيم في هذه الحالة إنهاء الإجراءات[1].

الاتجاه الثالث

هناك بعض التشريعات التي أقرت بصحة الأثر السلبي وسكتت عن بيان سلطة القاضي في فحص اتفاق التحكيم لتقرير بطلانه أو عدم صحته ومن ثم تقرير استمرار المحكمة في نظر النزاع أو اعمال الأثر السلبي ومنع المحكمة من نظر النزاع منها القوانين المصرية.

فهذه التشريعات لا تستبعد سلطة قاضي الدولة في فحص اتفاق التحكيم لتقرير مدى صحته ومن ثم أعمال الأثر السلبي أو تقرير بطلانه والمضي قدماً في نظر النزاع[2].

لأنه بأعمال القواعد العامة فإن مناط الحكم بعدم القبول هو وجوب اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد وجود ورقة تتضمن استبعاد المحكمة فالقاضي لا يتخلى عن صلاحيته في التصدي لموضوع نزاع مطروح عليه إلا إذا ثبت أن اتفاق التحكيم صحيح وفتح لإثارة مصالح لتشكيل هيئة تحكيم[3].

---

[1] حسن خالد أحمد لسنة 2006، بطلان حكم التحكيم، القاهرة، ص88.

[2] سلامة أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم (مرجع سابق)، ص120.

[3] بربري محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي (مرجع سابق)، ص47

الفرع الثاني: طبيعة الدفع بالتحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم بنتيجة مهمة هي أمتناع الأطراف من اللجوء إلى القضاء غير أن السؤال الذي يثار هنا فيما لو خالف أحد الطراف اتفاق التحكيم ولجأ إلى القضاء ففي هذه الحالة على القضاء أن يمتنع عن نظر النزاع وهنا يبدأ الخصم بتحريك الأداة القانونية التي تلزم المحكمة بهذه النتيجة هذه الأداة تعرف في القانون بالدفع بالتحكيم[1].

وتظهر أهمية تحديد طبيعة الدفع بالتحكيم حيث تؤثر تلك الطبيعة في التعرف على الوقت الذي يجب إبداؤه فيه فالدفع الشكلي يجب إبداؤه عند بدء الخصومة بعكس الدفع بعدم القبول الذي يجوز إبداؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى كذلك تؤثر طبيعة الدفع فيمن له حق التمسك بالتحكيم فالدفع بعدم القبول تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بخلاف الدفع بعدم الاختصاص كذلك تؤثر طبيعة الدفع في الأثر المترتب على قبول أو رفض الدفع وإمكانية العودة إلى القضاء[2].

ونتعرف هنا على طبيعة الدفع بالتحكيم من خلال عرض موقف القانون المصري ورأي الفقه.

أولاً: موقف القانون التحكيم المصري

لم تتضمن نصوص قانون المرافعات المنظمة للتحكيم وهي المواد 501 إلى 513 قبل صدور قانون التحكيم أي إشارة حول طبيعة الدفع المبدئي أمام قضاء الدولة بشأن وجود اتفاق تحكيم هل هو دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول وثم صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 ونص في المادة 1/13 على طبيعة الدفع في التحكيم التي تنص على أنه "يجب على المحكمة التي ترفع إليها نزاع يوجود بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى" فبذلك يكون المشرع المصري قد حدد طبيعة الدفع بالتحكيم وجعله دفع قبول الدعوى ولكنه يجب إبداؤه قبل أي دفع أو طلب في الدعوى وإلا عند تنازل عن اتفاق التحكيم[3].

---

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص (مرجع سابق)، ص81.

[2] الحداد حفيظة، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة (مرجع سابق)، ص88.

[3] عبد المؤمن ناجي، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريقة الإحالة، (مرجع سابق)، ص138.

ثانياً: موقف الفقه من طبيعة الدفع:

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الدفع بالتحكيم فذهب جانب من الفقه إلى اعتباره الدفع بالتحكيم وهو دفع بعدم الاختصاص فالمحكمه غير مختصه بنظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم ، وذهب جانب أخر إلى اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول لأن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنماء يمنعها فقط من سماع الدعوى ، وذهب جانب أخر من الفقه إلى اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع ذو طبيعة جديدة يسمي الدفع بالتحكيم ، أم الرأي الرابع فقد أتيير الدفع بالتحكيم هو يوقف الدعوى المرفوعة أمام القضاء وستناول هذه الأراء مع تحديد موقفنا من طبيعة الدفع

الرأي الأول: الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص: يذهب جانب من الفقه إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وليس دفع بعدم القبول وهذا الجانب من الفقه أسس نظريته على أن المقصود من الدفع بالتحكيم هو إخراج الدعوى من سلطة المحكمة وإدخالها إلى سلطة هيئة التحكيم فالدفع ثلاثة أنواع الدفوع الشكلية: هي الدفوع التي تتعلق بصحة إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها مثل الدفع بعدم الاختصاص، والدفوع الموضوعية: دفوع تتعلق بموضوع الدعوى وينازع الخصم في الحق المدعى به والدفع بعدم قبول الدعوى هي دفوع يعارض بها الخصم حق المدعى ورفع الدعوى[1].

وقد حد الفقه أوجه الدفع بعدم القبول وهي انتقاء المصلحة أو دفع الدعوى من غير ذي صفة لرفعها بعد الميعاد أو لسبق الفصل فيها[2].

وذهب هذا الجانب إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص لأن الغرض منه هو إخراج الدعوى من ولاية المحكمة المختصة لكي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم فاتفاق التحكيم يمنع اختصاص القضاء بالدعوى ويحيلها إلى هيئة التحكيم.

---

[1] القاضي خالد محمد لسنة 2002، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، ص58.

[2] طارق فهمي لسنة 2011، طبيعة مهمة المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص111.

ويترتب على هذا الرأي:أن الدفع بالتحكيم يصير من الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها ويجوز التنازل عنه.

1. كما أن هذا الدفع يجب إبداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى ولا يسقط الحق فيه.
2. إذا اقتنعت المحكمة بهذا الدفع وجب عليها إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم طبقاً للمادة 110 من قانون المرافعات والتي تنص على أنه على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالها إلى المحكمة المختصة.

الرأي الثاني: الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم لكن اتفاق التحكيم يرمي إلى إقصاء قضاء الدولة عن نظر النزاع واسناد مهمة الفصل إلى هيئة التحكيم ويكون ذلك عن طريق إلزام المحكمة بعدم قبول الدعوى وليس بعدم اختصاصها[1].

ويترتب على هذا الرأي:أن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به المدعى عليه كما أنه على المحكمة عندما تقضي بعدم القبول إحالة الأطراف للتحكيم.

الرأي الثالث: الدفع بالتحكيم هو دفع ذو طبيعة جديدة

ذهب جانب من الفقه[2]إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع ذو طبيعة خاصة تقف جنباً إلى جنب مع الدفوع الأخرى التي ورد النص عليها في قانون المرافعات فعلى غرار الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول ليس هناك ما يمنع من إضافة دفع جديد يسمى الدفع بالتحكيم وبموجحب هذا الدفع تقوم المحكمة بعمليتين سلبي والآخر الإيجابي أما العمل السلبي وهو الامتناع عن نظر النزاع وأما العمل الإيجابي فهو توجيه الأطراف إلى اتفاق التحكيم.

---

[1]القصبي عماد الدين لسنة 1993، خصوصية التحكيم في مجال المنازعات، دار النهضة، القاهرة، ص48.

[2]مجدي هاني محمد 2003، طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم، مجلة القانون، ص22.

الرأي الرابع : الدفع بالتحكيم هو دفع يوقف الدعوى

هناك جانب آخر من الفقه[1]إن الدفع بوجود اتفاق التحكيم ليس دفعاً بعدم القبول ولا ينطبق عليه أحكام الدفع بعدم القبول حيث يجوز إبداء هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولا تقع بعدم الاختصاص ولا تتعلق عليه أحكامه إنما هو دفع بوقف الدعوى المرفوعة أمام القضاء أما حكم في الدعوى التحكيمية أو تفشيل هيئة التحكيم بإصداره.

رأي الباحثه :

القول بالطبيعة الخاصة للدفع بالتحكيم لا يتناسب مع طبيعة هذا الدفع لأنه ليس ثمة في القانون شيئاً يسمي الدفع بالتحكيم لأن الدفع بالتحكيم بطبيعة الحال هو قيد على النظر الدعوى لكنه لأيؤثر في الاختصاص لأن المحكمة تكون مختصه بالتحكيم بغير تحكيم والدليل على ذلك أنه أثناء نظر الدعوى من الممكن للخصوم أن يتنازلوا عن اتفاق التحكيم فهذا يزيل القيد على مباشرة المحكمة لصلاحيتها في نظر الدعوى ولوقلنا بأنه عدم أختصاص فيعني أنه أصلاً ابتدءًا المحكمة غير مختصة ،أما القول بأنه يتعارض مع طبيعة الدفع بعدم القبول هي دفوع غير منسجمه فهي بطبيعتها دفوع مختلفة منها ما يتعلق بالنظام العام كالدفع بالتحكيم لأنه مقرر لمصلحة الخصوم ، كل ما هنالك ان الفع بالتحكيم يجب ان يتمسك به من يعترض على صلاحية المحكمة في نظر الدعوى ولذلك هو بلا شك دفعاً بعدم القبول وينطبق عليه النظام القانوني للدفوع بعدم القبول وإن كان مقرراً للمصلحة الخاصة أي أنه ليس دفعاً متعلقاً بالنظام العام .

---

[1]عبد التواب أحمد إبراهيم، صور اتفاق التحكيم واستقلاله (مرجع سابق)، ص136.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود البترول

يعد مبدأ خضوع القعد للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة من المبادئ المستقرة والثابتة في القانون الدولي الخاص، مما يستتبع حقهم في إخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الذي تتفق عليه. وقد ثار النقاش حول التحكيم والقانو الذي يخضع له ويحكم مسائله .

فاتفاقت التحكيم تتميز بأنها اتفاقيات أو شروط يرغب أطرفها بإبعاد علاقاتهم عن نطاق الحلول القانونية والقضائية الوطنية العادية واللجوء إلى إجراءات وحلول موضوعية أخرى تتفق أكثر مع مصالحهم المتبادله [1].

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : وسائل تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود البترول

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لشرط التحكيم وما يميزه عن شرط الخضوع لاختصاص القضاء العادي

---

[1] الدكتور احمد السمدان 1993 ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق جامعة الكويت .

المطلب الأول

وسائل تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود البترول

لابد لكل اتفاق في اي علاقة تعاقدية من قانون يحكمه ويبين شروطه وحدوده ، فلا يتصور وجود أي اتفاق او عقد له قوة إلزام ذاتيه ، فلابد أن يرتبط الاتفاق أو العقد بنظام قانوني معين يمنحه قوة الإلزام ويرتب له اثاره ، وعقد التحكيم هو إحدى الصور العقدية التي تحكمها هذه القاعدة .

المتتبع لعقود النفط المبرمة قبل الحرب العالمية الأولى يجد أنها لا تشير بشكل صريح إلى قانون الدولة المتعاقدة بوصفه القانون الذي يحكم جوانب العقد كافة، ولكنها تتضمن في الوقت نفسه شروطاً تلتزم الدولة المتعاقدة بعدم إنهاء العقد أو تعديله لعمل تشريعي أو إداري دون أخذ موافقة الطرف الآخر مما ينتج منه إتجاه نية الأطراف المتعاقدة إلى خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة. إلا أن الأمر قد تغير بعد الحرب العالمية الثانية، إذ أن غالبية عقود البترول المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية في تلك الفترة كانت تنص صراحة على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على مثل هذه العقود.

وستقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التشريعات الوطنية

الفرع الثاني : الاتفاقات الدولية

الفرع الثالث : آراء الفقهاء وتطبيقات تحكيمية لشرط التحكيم

الفرع الأول : التشريعات الوطنية

يقصد بالتشريع الوطني: أي نص دستوري أو قانون أو مرسوم تشريع أو تنظيمي أو غير ذلك، مما يصدر عن سلطة مختصة بحيث يكون واجب المراعاة والتطبيق في ميدان الصناعة البترولية لكن بالنسبة لأي بلد من البلدان المنتجة للبترول[1].

وبهذا الشكل يمكننا تقسيم الدول المنتجة للبترول إلى مجموعتين الأولى قامت بتشريع قانون البترول بشكل مستقبل وضمنته المسائل المتعلقة بالترول، كما هو الحال في كل من فنزويلا أو منغوليا الشعبية وليبيا والجزائر والمغرب وتونس واقليم كردستان والعراق والسودان وقطر وسلطنة عمان وأما المجموعة الثانية فإنها لا تمتلك تشريعاً مستقلاً ينظم جميع الجوانب المتعلقة بالبترول وبدلاً ًمن ذلك فإنها قامت بتشريع قوانين أو مراسم أو إصدار أنظمة منفردة تتعلق بالصناعة النفطية بشكل متناثر كما هو الحال في المملكة العربية السعودية والكويت وسوريا ومصر، أما بخصوص العراق، فإنه وإن كان في طليعة الدول التي قامت بإبرام عقود النفط في العشرينات والثلاثينات من القرن الماضي وأن موازنته السنوية كانت ولا زالت تعتمد على صادرات النفط، إلا أنه الآن لم يمتلك قانوناً متكاملاً للصناعة النفطية بحيث ينظم جميع الجوانب المتعلقة بالصناعة النفطية[2].

وإن التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم موضوع القانون الواجب التطبيق على شروط التحكيم وقد أوضحت المادة (173) من قانون المرافعات الكويتي على أنه :"يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأعن تنفيذ عقد معين " لذلك فيسري على اتفاق التحكيم ما يسري على العقود بصيفة عامة ويخضع إلى نفس قواعد الاسناد الواردة في القانون الكويتي وخاصة ما يتعلق منها بالإدارة واختيار القانون الواجب التطبيق إن على شروط التحكيم أو مشارطته أو إجراءاته أو موضوع النزاع فيه [3]فالقانون السويسري مثلاً يكتفي

---

[1] ترزيان بيادر، لسنة 1982 الأسعار والعائدات والعقود النفطية في البلاد العربية وإيران الطبيعية المؤسسة العامة للدراسات والنشر، بيروت، ص86.

[2] علوان محمد يوسف لسنة 1980، النظام القانوني للنفط في الأقطار العربية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ص103.

[3] انظر طعن بالتمييز رقم 6/ 1974 (مدني) منشور في مجلة القضاء والقانون ،عدد 2 السنة الخامسة ص94–95 حيث أوردت المحكمه المبدأ التالي : " الاتفاق على التحكيم هو عقد يتفق طرفاه بمقتضاه على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما ، عاى الفرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلا من المحكمه المختصه ، وهو ككل عقد يتم بالإيجاب والقبول ولكنه لا يثبت إلا بالكتابة ، رغبة في تفادي النزاع حو أثبات محتوياته ، وعلى ذلك فإنه يجب لاتمامه وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في كل المسائل التي اتجهت إدارة الطرفين إلى الاتفاق عليها ، أما اذا اختلفت عن الايجاب في أية مسأله منها بأن زاد عليه أونقص فيه أو عدله فإنه العقد لا ينعقد .

لصحة اتفاق التحكيم أن يتوافر الشرط الموضوعية في القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع وخصوصاً القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي الذي اختاره الأطراف النزاع أو القانون السويسري باعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم حيث نصت المادة (178) من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه :[1]

1- "يعد العقد التحكيمي صحيحاً من حيث الشكل إذا كان مكتوباً أو وارداً فيتبادل برقيات تلكسات أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال الذي تمكن من إثباته بواسطة نص.
2- ويعد صحيحاً في الأساس إذا كان يلبي الشروطالتي يفرضها إما القانون الذي اختاره الأطراف أو القانون الذي يرعى موضوع النزاع، ولا سيما القاون الذي يرعى العقد الأساسي أو القانون السويسري.
3- ولا يجوز الأداء بعد صحة العقد التحكيمي نتيجة لعدم صحة العقد الأساسي نفسه أو لأن العقد التحكيمي يتعلق بنزاع لم ينشأ بعد[2].

ومن هنا يتبين أن التحكيم إذا تم إجرائه في سويسرا فإنه القانون الذي يقرر صحة شرط التحكيم هو القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على شرط التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزع، وإن كانت الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون السويسري أي قانون التحكيم غير متوفرة، طالما توفرت الشروط التي تتطلبها أحد القوانين المذكورة، كما أنه إذا كانت الشروط الموضوعية في شرط التحكيم التي يتطلبها القانون السويسري متوفرة فإنه يعد صحيحاً وإن لم يكن القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بعدها متوفرة[3].
ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المادة (178) من القانون الدولي الخاص السويسري- سابقة الذكر تنص على أن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم هو القانون الذي يعزز صحة شرط التحكيم، فإذا فرض أن القانون السويسري مثلاً يعزز عدم صحة شرط التحكيم أي بطلان شرط التحكيم فإن هذا القانون يصبح عديم الأثر ويكون القانون المختار او القانون الذي يحكم موضوع النزاع هو القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، وكذلك لو أن القانون المختار أي قانون

---

[1] الأسعد، بشار محمد لسنة 2006 عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص89.
[2] الأحدب عبدالحيدلسنة 2008، موسوعة التحكيم وثائق تحكيمية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص488.
[3] الطشي، أنور علي أحمد لسنة 2009مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم، ط1، الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص126.

الإدارة يترتب على تطبيقه عدم صحة التحكيم أي بطلانه فإن القانون السويسري أو القانون واجب تطبيقه على موضوع النزاع يصبح هو القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم[1].

ومن التشريعات التي نصت على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم أيضاً قانون التحكيم الاسباني رقم 36 لسنة 1988 فقدنص في المادة (61) منه على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصورة عامة (شرطاً كان أم مشارطة)، حيث وضع القانون المختار صراحة من قبل الأطراف في المقام الأول، ولكنه أوجب أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف على صلة بالعقد فإذا تخلفت هذه الصلة فإن القانون الذي يطبق هو القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع إذا كان هذا القانون محدداً أما إذا لم يحدد هذا القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع، فإذا أوجب على المحكم الاعتداد بقانون الدولة الذي صدر فيها حكم التحكيم، أما إذا لم يمكن تحديد هذا القانون فإن قانون محل إبرام شرط التحكيم هو الذي يطبق[2].

كما أنه إذا تخلفت الصلة بين القانون المختار أو المحدد من قبل الأطراف، فإن للهيئة القضائية المطروح أمامها النزاع بشأن وجود أوصحة شرط التحكيم، أن تطرح ذلك القانون جانباً، وتقوم هي بتحديد القانون التي تتوافر معه تلك الصة[3].

غير أن هناك من يرى إعطاء الأطراف حرية كاملة في اختيارالقانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم كون استلزام وجود صلة بين القانون المختار وشرط التحكيم يعد تناقضاً مع التسهيل الواجب توفيره للأطراف في العلاقات الدولية الخاصة، كما أن وجود قيد على القانون المختار لا يتلائم مع التوجيه لتحرير التجارة الدولية من القوانين الوطنية[4].

وهناك من يرى أن وجود صلة ولو فنية بين القانون المختار من قبل الأطراف والعقد الأصلي أو موضوع النزاع يكون كافي، وذلك لأن كثير من عقود التجارة الدولية المتضمنة شرط التحكيم تكون عقود نمطية متعارف عليها في مجال سلعة معينة، وتكون مقبولة في أوساط التجارة الدولية، لذا

---

[1]أبو زيد سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص249.

[2]نصت المادة (61) من قانون التحكيم الاسباني على أنه "يحكم صحة اتفاق التحكيم واثارة القانون المختار صراحة بواسطة الأطراف بشرط أن توجد صلة بينه وبين العقد الأصلي أو موضوع النزاع، في حالة تخلف الاختيار الصحيح من قبل الأطراف، يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي الناشئ عن النزاع.

[3]سلامة أحمد عبد الكريم لسنة 1993، قانون التحكيم التجاري والدولي، القاهرة، ص104.

[4]أبو زيد سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص250.

فلا حاجة، وتكون مقبولة في أوساط التجارة الدولية، لذا فلا حاجة للاشتراط أن يكون القانون المختار الواجب تطبيقه على شرط التحكيم على صلة بالعقد الأصلي أو بموضوع النزاع، وعلى هذا فإنه يكون من المتصور أن يبرم عقد إيجار بين مركبتين ملاحيتين مصرية وسعودية ويندرج فيه شرط التحكم يخضع للقانون الإنجليزي نظير لما يتمتع به القانون الإنجليزي للتجارة التجربة من الكفاية الفنية في هذا المجال[1].

ومن خلال الواقع العلمي فمن .... أن يوجد اتفاق بين الأطراف خصوصاً في مجال عقود البترول على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم وإذا تم الاتفاق وإثارة القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، فإن هذا القانون غالباً ما يكون هو القانون الذي يحكم العقد أو الرابطة الأصلية المبرم بخصوصها شرط التحكيم، وقد يكون ذلك القانون هو قانون الدولة التي سيجري فيها التحكيم[2].

كما نص قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 1993 في المادة (458) أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة، من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي، وتعد حجة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يتطلبها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، وبصفة خاصة القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو القانون الجزائري[3].

ويتبين لنا من هذه المادة بأنه شرط التحكيم يكون صحيحاً من حيث شروط الموضوعية إذا كانت الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع أو القانون الجزائري متوافرة، في شرط التحكيم.هذا وتعد التشريعات الثلاثة التي سبق ذكرها (التشريع السويسري، التشريع الاسباني، التشريع الجزائري) هي التشريعات الوحيدة التي تضمنت موضوع القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم[4].

حيث أن معظم التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم لم تتضمن نصاً يتعلق بتحرير القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، أما قانون التحكيم المصري المرقم (27) لسنة 1994 لم يتضمن كذلك

---

(1) سلامة أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الداخلي والدولي، (مرجع سابق)، ص305.

(2)مفلح، عبد السلام عبدالله قائد لسنة 2012، شرط التحكيم في عقود الغاز والنفط، القاهرة، ص247.

(3)الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، (مرجع سابق)، ص93.

(4)عرفه، محمد السيد لسنة 2009، القانون الواجب التطبيق على النزاع أما هيئة التحكيم، دار النهضة، القاهرة، ص136.

أي نص يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم بالرغم من أهمية في حالة وجود خلاف على هذه المسألة بين الأطراف سواء أكان أمام هيئة التحكيم أو القضاء الوطني ولكن وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري، والتي تؤكد على حرص المشرع المصري بالأخذ بالحلول التي أثارتها الاتفاقيات الدولية المنظمة إليها مصر [1].

وقد أوصت اللجنة التي أعدت قانون التجارة الدولي التابعة للأمم المتحدة (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي) بنقل هذا القانون إلى التشريعات الوطنية، وأوصت بأن يكون هذا النقل موضوعاً وشكلاً مطابق للأصل بقدر المستطاع وذلك بغرض تحقيق التوحيد التشريعي العالمي لهذا الجانب من التجارة الدولية[2].

أما القانون الفرنسي لم ينص في أي مادة على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم وإذا كان هناك إجماع فقهي على أن القانون الواجب التطبيق عن شرط التحكيم هو قانون الإرادة المستقلة وفي حالة غياب قانون الإرادة المستقلة أي من القوانين يصبح القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم[3].

وترى الباحثة أن للأطراف النزاع الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

---

[1]نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية يسري أحكام هذا القانون على محكم بين أطراف من أشخاص القانون العام والقانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات الدولية.

[2]الرفاعي، هشام محمد علي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص148.

[3]دباس، أحمد إبراهيم لسنة 2011، التكامل بين سلطة القضاء ومهمة التحكيم في مجال منازعات التجارة الدولية، القاهرة، ص206.

الفرع الثاني : الاتفاقات الدولية

إن الاتفاقات والقرارات الدولية التي يتم الاعتماد عليها بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على عقود البترول وقد نصت عديد من الاتفاقيات الدولية على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم ومن هذه الاتفاقيات التي نصت على القانون الواجب التطبيق شرط التحكيم اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (5) من الاتفاقيه على أنه:- (1) لايجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الدليل على.

أ) أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج)أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم، إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق[1].

يتبين من خلال هذا النص، أن اتفاقية نيويورك أعطت الأولوية وبشكل قاطع إلى القانون الذي يختاره الأطراف أي قانون الإرادة، وبهذا فإن شرط التحكيم يخضع إلى القانون المختار- قانون الإرادة – من مثل الأطراف، وفي حالة غياب قانون الإرادة أي غياب الاختيار الصريح من قبل

---

[1]الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم وثائق تحكيمية، (مرجع سابق)، ص563.

الأطراف لهذا القانون أوجبت هذه الاتفاقية خضوع شرط التحكيم إلى قانون الدولة التي صدر منها حكم التحكيم[1].

وبهذا فإن المشكلة التي ثارت بين الفقهاء – قد حسمت من مثل هذه الاتفاقية، فأصبح قانون الإرادة المستقلة يأتي في المرتبة الأولى من حيث القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء أكان شرط للتحكيم أم مشارطة ومن ثم يأتي من بعده قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

ولكن كما هو واضح أن هذه الاتفاقية لم تعالج إلا الغرض الذي تثار فيه مشكلة القانون الواجب التطبيق سواء كان أمام هيئة التحكيم أو القضاء لا بمناسبة الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، أي أنها لم تعالج المشكلة إلا تلك التي تثور بعد صدور حكم التحكيم ومتجاهلة الغرض الذي قد تثار المشكلة فيه مثل صدور حكم التحكيم، ما لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، إلا إذا أن الاتفاقية لم تبين كيف للمحكم أو القاضي المعروضة عليه المشكلة أن يحدد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، ما لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم ومثل صدرو حكم التحكيم، إلا أنه من الممكن أن يدفع أحد الأطراف عند اللجوء إلى التحكيم من قبل الطرف الثاني بعدم اختصاص محكمة التحكيم مستنداً في ذلك على بطلان شرط التحكيم، كما هي الحال أمام القاضي الوطني الذي قد يدفع أمامه أحد الأطراف بعدم الاختصاص المبني على شرط بحكم متنازع في صحة الاتفاقية لم يتبين كيف للمحكم أو للقاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في حالة غياب الاتفاق بين الأفراد على هذا القانون وعدم تحديد البلد الذي يصدر فيه التحكيم[2].

ومن الاتفاقيات التي اهتمت أيضاً وسعت على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم الاتفاقية الأردنية لعام 1961 المبرمة في جنيف، حيث نصت المادة (6) الفقرة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه: "وعندما يتوجب على محاكم الدول المتعاقدة إصدار قرارها حول وجود أو صحة إحدى اتفاقيات التحكيم فهي تصدرها فيما خص أهلية الفرقاء وفقاً للقانون المطبق عليهم وفيما خص بقية المواضيع[3].

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري والدولي، (مرجع سابق)، ص293.

[2] عبد العال، عكاشة لسنة 1998، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص572.

[3] عبدالمجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص136.

(أ) وفقاً للقانون الذي أخضع الفقرقاء اتفاقية التحكيم إلى أحكام.

(ب) وفي حالة الافتقار إلى إشارة ما بهذا الصدد فيكون وفقاً لقانون البلد الذي سيتم صدور الحكم التحكيمي فيه.

(ج) وفي حالة الافتقار إلى الإشارة للقانون الذي أخضع الفرقاء إليه اتفاقياتهم وإذا كان تعيين البلد الذي سيتم صدور الحكم التحكيمي فيه مستحيلاً وقد طرح القضية على محكمة قضائية فبموجب القانون المختص استناداً إلى قواعد تنازع القوانين لدى المحكمة التي رفعت القضية إليها يمكن للقاضي في القضية ألا يعترف بالاتفاقية التحكيمية إذا كان النزاع لا يمكن أن يكون خاضعاً للتحكيم بموجب قانون المحكمة[1].

كما نصت المادة (9) الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية على "1- إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سبباً لرفض الاعتراف أو لنقض التنفيذ في بلد آخر متعاقد إذا كان هذا الإلغاء قد تم في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقاً للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية :

(أ) إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح بموجب القانونالذي أخضعا الفرقاء إليه، أو في حال إغفال الإشارات إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر إليه الحكم.

(ب) إذا كان الطرف الذي طلب الإبطال لم يجر تبليغه أصولاً بتعيين المحكم أو بالأصور الإجرائية التحكيمية أو إذا كان قد تعذر عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته.

(ج) إذا كان الحكم التحكيمي متعلق بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي[2].

ومن خلال هذه النصوص السابق ذكرها يتبين لنا أن الاتفاقية الأوروبية قد أوردت نصوص صريحة حول القانون الواجب التطبيق على شروط التحكيم، حيث أنها أعطت الأولوية للقانون المختار من قبل الأطراف إلى قانون الإرادة المستقلة أو كما تعبر عن الاتفاقية من خلال نص القانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم، وفي حالة غياب قانون الإرادة المستقلة للأطراف فإن القانون

---

[1] الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم وثائق تحكيمية، (مرجع سابق)، ص572.

[2] عبدالمجيد، منير، التحكيم في منازعات التجارة الدولية، (مرجع سابق)، ص516.

الواجب التطبيق على شروط التحكيم يكون قانون البلد الذي صدر منه حكم التحكيم، وهي بهذا أخذت بما أخذت به اتفاقية نيويورك عام 1958 السابق ذكرها، كما ونلاحظ أن الاتفاقية الأوروبية اقتصرت على المحاكم الدولية المتعاقدة، ولكنها وإن كانت خاصة بمسألة القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم أما القضاء الوطني للدول الأطراف في الاتفاقية، إلا أنه واجب الاتباع من باب أولى أمام قضاء التحكيم ولا سيما أن هذا الأخير يعلي دائماً من شأن إرادة الأطراف، ولن تحيد عن تطبيق اختيابة تلك الإرادة[1].

إلا أن الاتفاقية الأوروبية تختلف عن اتفاقية نيويورك حيث أنها واجهت الغرض الذي تثور فيه المشكلة الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب القانون الإرادي وقبل صدور حكم التحكيم حيث أنها ميزت بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان من الممكن أن توقع البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم فقانون هذا البلد يصبح هو القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم.

الحالة الثانية: فهي حالة عدم إمكانية توقع البلد الذي يصدر به حكم التحكيم ففي هذه الحالة يصار إلى القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين في المحكمة المعروض عليها النزاع، أي أن القاضي يقوم بتطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولته لاتحاد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم[2].

ولكن المشكلة التي تثار هنا، كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم من قبل محكمة التحكيم عند غياب قانون الإرادة وقبل صدور حكم التحكيم، ولم يكن من الممكن تحديد أو توقع البلد الذي يصدر به حكم التحكيم، فإذا كانت هذه الاتفاقية قد أعطت القاضي الوطني الحق في تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولته، فإن الأمر أمام محكمة التحكيم يعد من الصعوبة بمكان، ذلك لأن المحكم لا توجد لديه قانون اختصاص أو قواعد إسناد يمكن أن يلجأ إليها كما هي الحال في القاضي الوطني، اختلف الرأي الذي يعطي حلاً لمثل هذا الغرض، فمنهم من ذهب

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري والدولي، (مرجع سابق)، ص295.

[2] عبد القادر تريمان، لسنة 1996، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواردالمدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص216.

إلى السماح للمحكم من تطبيق قواعد تنازع القوانين التي يراها مناسبة لكي يحدد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، بينما يرى آخرون إخضاع شرط التحكيم إلى قانون دولة مكان التحكيم إذا كان من الممكن تحديد هذا المكان وإلا يتم الرجوع إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على العقد موضوع النزاع[1].

كما أن نموذج قانون لجنة الأمم المحدد للقانون التجاري الدولي لعام 1985 (القانون النموذجي) سار بالاتجاه الذي أخذت به كلاً من اتفاقية نيويورك والاتفاقية الدولية، حيث نص على أنه لا يجوز لمحاكم الدولة التي تتبنى نموذج القانون، وتدمجه في تشريعاتها الخاص بالتحكيم أن تلغي قرار التحكيم إلا إذا قدم الطرف الذي طعن بالقرار ويريد إلغائه دليلاً يثبت أن شرط التحكيم غير صحيح بموجب القانون الذ أخضع الطرفان إلى قانون الإرادة المستقلة، وذلك في المادة (34) الفقرة (6) فيه والتي جاء فيها "لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة/26 تلقي أي قرار تحكيم إلا إذا قدم الطرف طالب الإلغاء دليل يثبت أنأحد طرفي اتفاقية التحكيم المشار إليه في المادة (7) مصاب بأحد عوارض الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، وبموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك، أو الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته[2].

كما أن المادة (36) الفقرة الأولى من نفس القانون وبمناسبة تنفيذ التحكيم أو رفض الاعتراف به أكدت خضوع شرط التحكيم إلى مبدأ قانون الإرادة المستقلة، حيث جاء فيها بأن لا يجوز رفض الاعتراف أو رفض تنفيذ أي قرار التحكيم، إلا بناء على طلب من الطرف المطلوب التنفيذ ضده إن كانت البلد الذي صدر بها القرار، وكان الطلب المشفوع بدليل يثبت أن شرط التحكيم غير صحيح استناداً إلى القانون الذي أخضع الطرفان الشرط له، وفي حالة غياب قانون الإرادة المستقلة إلى القانون الذي أخضع الطرفان شرط التحكيم له فإن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم يكون هو القانون الذي صدر فيه حكم التحكيم[3].

---

[1]أبو زيد سراج "موسوعة" التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص247.

[2]الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم وثائق تحكيمية، (مرجع سابق)، ص67.

[3]نصت المادة (36) الفقرة الأولى من القانون النموذجي على أنه: (لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيمي رفض تنفيذه بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه الابقاء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده.

ومن الاتفاقيات التي نصت على القانون الواجب التطبيق على شروط التحكيم أيضاً اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، حيث أشارت إلى قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك في المادة (21) الفقرة الأولى والتي نصت على : "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد، ومن خلال هذا النص يتبين أن القانون المختار من قبل الأطراف هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع، ومن هذه النزاعات النزاع على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم كما أن للأطراف وفقاً لهذه الاتفاقية أن يختاروا أي قانون حتى وإن كان غير مثل بالعقد الذي يحتوي شرط التحكيم، وهذا واضح في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي نصت على أنه على الهيئة أن تفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك" وبهذا فإنهم غير مقيدين بأي قانون معين، فلهم الحق في اختيار مبادئ العدالة التي يستطيع أن يستخلصها المحكم ولو يكن قانوناً وطنياً محدداً[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية عمان انفردت دون غيرها من الاتفاقيات بالتصريح بحرية الأطراف في تجزئة اتفاقهم واختيار أكثر من قانون يحكمه وقد سارت بهذا التحكيم مع الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي[2].

---

[1] الجيران صادق محمد محمد لسنة 2006، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري، ط1، الحيلي، ص106.

[2] السمران، أحمد طاعن لسنة 1993، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الفنون، جامعة الكويت، مجلد17، العدد الأول، ص304.

الفرع الثالث : آراء الفقهاء وتطبيقات تحكيمية لشرط التحكيم :

يوجد أكثر من اتجاه للفقهاء بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، فهناك اتجاه يأخذ بقانون الإرادة المستقلة بينما يتجه البعض الآخر للأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم[1].

ومن خلال الاطلاع على عديد من أحكام التحكيم وخصوصاً في مجال العلاقات الدولية الخاصة يلاحظ أنها تأخذ بالقانون المختار من قبل الأطراف، وتعده القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم وهذا هو الاتجاه السائد في التشريعات الوطنية التي عالجت هذا الموضوع والاتفاقات الدولية وكذلك هو الاتجاه السائد عند أغلب الفقهاء ولكن المشكلة تظهر في حال غياب قانون الإرادة المستقلة، أي القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على شرط التحكيم، ومن الممكن في هذا الصدد أن تميز بعض الأحكام التي أخذت بإخضاع شرط التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم وبين بعض الأحكام التي أخذت بإخضاع التحكيم إلى قواعد وطنية[2].

أولاً : الاتجاهات التي أخذت بالقانون الأصلح لشرط التحكيم

1- الاتجاه الأول اخضاع شرط التحكيم لقانون الإرادة المستقلة

يذهب الأغلب من الفقهاء إلى الأخذ بهذا الاتجاه، حيث يذهبون في تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم للأخذ بقانون الإرادة المستقلة، وحسب رأي هذا الاتجاه أن شرط التحكيم يغلب عليه الطبيعة الاتفاقية أو التعاقدية أكثر من الطبيعة القضائية، فشرط التحكيم عبارة عن عقد، ولا يجب أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة تختلف عن بقية العقود الأخرى[3].

بالإضافة إلى ذلك فإنه لا بد لكل علاقة قانونية من قانون يحكمها ويحدد شروطها، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة الزام ذاتية، إذ لا بد أن يرتبط هذا العقد بنظام قانوني معين بقوته الملزمة وينظم وجوده وصحته وآثاره ومصيره، ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة هي التي تطبق على شرط التحكيم في عقود البترول هو قانون الإرادة المستقلة، حيث أن من المستقر في القانون الدولي الخاص أن العقود ذات الطبيعة الدولية تخضع إلى قانون

---

[1] الجمال، مصطفى، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، (مرجع سابق)، ص306.

[2] الماحي، حسين لسنة 2006، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص109.

[3] أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص51

سلطان الإرادة، ويقوم على هذه القاعدة شرط التحكيم أيضاً، بل ان نظام التحكيم يقوم عليها ككل وليس فقط شرط التحكيم، وجدير بالذكر أن بعض فقهاء المدرسة الإيطالية ومنذ القرنين الثاني والثالث عشر، قاموا بإخضاع العقد سواء كان من ناحية الموضوع أو الشكل إلى قانون محل إبرام وسببوا خضوع العقد إلى قانون محل الإبرام بالرضا الضمني للمتعاقدين حيث تم إبرام هذا العقد تحت ظل هذا القانون، لذا فإن مبدأ سلطان الإرادة في مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق قد حكم التصرفات الإرادية منذ البدايات الأولى لنشوء علم تنازع القوانين[1].

2-إخضاع شرط التحكيم إلى قانون الدولة مقر التحكيم :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم، وذلك اعمالاً للمبدأ القائل بخضوع الإجراءات لقانون محل القاضي[2].

وهذا الاتجاه يبدو واضحاً أنه يرى التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، وبالتالي فإن شرط التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات التحكيم، وبما أن الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي، فإن شرط التحكيم يخضع أيضاً إلى قانون مقر التحكيم، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن على الأطراف تحديد مكان التحكيم، وإذا لم يحددوه فإن على المحكمين تحديده، وأخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر 9 فبراير 1986 والذي جاء فيه "لما كان شرط التحكيم قد نص على أن يسوي النزاع في لندن طبقاً لقواعد التحكيم الإنجليزي لسنة 1950، وكان المشرع قد أقرّ الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزي، باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام[3].

---

[1] أبو زيد رضوان (بدون سنة طبع)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص613.

[2] قائد مفلح، شرط التحكيم في عقود النفط والغاز (مرجع سابق)، ص25.

[3] نقض مدني، الطعن رقم 453 لسنة 42 القضائية 9 فبراير 1991 رقم 87 مجموعة المكتب الفني السنة 32 الجزء الأول ص445.

3- تطبيق القانون الأصلح لشرط التحكيم

يقصد بإخضاع شروط التحكيم إلى القانون الأصلح لشرط التحكيم هو تطبيق قواعد القانون الدولي للتحكيم أو القواعد المادية غير الدولية المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي، وذلك بغية تحقيق أكبر فرصة ممكنة لصلاحية شرط التحكيم بعيداً عن القوانين الوطنية، وقد أشار مجمع القانون الدولي في دوره انعقاده عام 1989 إلى ذلك خلال نصه في المادة (5) منه قراره على أنه: "عند المنازعة في صحة شرط التحكيم، تفصل محكمة التحكيم في ذلك بموجب قانون إرادة الأطراف وقواعد القانون الدولي الخاص التي تختاره الأطراف، والمبادئ العامة للقانون الدولي العام أو الخاص والمبادئ العامة للتحكيم الدولي ويكون على المحكمة أن تسترشد في كل حالة بمبدأ القانون الأصلح لصحة شرط التحكيم[1].

ومن خلال هذا النص يتبين أنها أوصت على تطبيق قانون الإرادة المستقلة للأطراف وقواعد القانون الدولي الخاص التي يختارها الأطراف، والمبادئ العامة للقانون الدولي العام والخاص والمبادئ العامة للتحكيم الدولي، ويبدو أن الهدف من هذا أن مجمع القانون الدولي يريد إخضاع شرط التحكيم إلى مبادئ طليعة تقدرها هيئة التحكيم، وإبعادها عن القوانين الوطنية، وصولاً إلى الاعتراف بأكبر قدر ممكن بصحة شرط التحكيم، ومن خلال الاتجاهات التي سبق ذكرها يتبين أن الاتجاه السائد عند الفقه في إخضاع شرط التحكيم إلى قانون معين هو الاتجاه الأول أي إخضاع شرط التحكيم إلى قانون الإرادة المستقلة أي القانون المختار من قبل الأطراف صراحة[2].

ثانياً : تطبيقات تحكيمية لشرط التحكيم

من خلال الاطلاع على عديد من أحكام التحكيم وخصوصاً في مجال العلاقات الدولية الخاصة يلاحظ أنها تأخذ بالقانون المختار من قبل الأطراف وتعده القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم وهذا هو الاتجاه السائد في التشريعات الوطنية التي عالجت هذا الموضوع والاتفاقات

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، (مرجع سابق)، ص340.

[2] الدليمي، حميد فيصل، القانون الواجب التطبيق عن مسائل التحكيم، (مرجع سابق)، ص183.

الدولية وكذلك هو الاتجاه السائد عند أغلب الفقهاء، ولكن المشكلة تظهر في حال غياب الإرادة المستقلة، أي القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على شرط التحكيم[1].

1-أحكام أخضعت شرط التحكيم إلى قانون الدولة مقر التحكيم

هناك عديد من الأحكام التحكيمية التي أخضعت شرط التحكيم إلى قانون الدولة مقر التحكيم، ومن هذه الأحكام نذكر حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية في باريس بالقضية المرقمة 507 العام 1970، فبعد أن تأكدت محكمة التحكيم من عدم وجود قانون متفق عليه من قبل الأطراف قانون الإرادة المستقلة ليطبق على شرط التحكيم، أوجبت على المحكم أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم بقولها "بما أن الأطراف لم يتفقوا عن التعاقد على خضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي للقانون الألماني، فلا يوجد إذن إلى نص التقاضي يخضع لشرط التحكيم للقانون الألماني باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ومن ثم يجب على المحكم البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا الشرط[2].

وقد قامت المحكمة المذكورة أعلاه، بإخضاع شرط التحكيم إلى قانون الدولة مقر التحكيم إلى القانون الفرنسي بعد أن أكدت استقلال شرط التحكيم وإمكانية خضوع شرط التحكيم إلى قانون يختلف عن ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[3].

وفي حكم آخر صادر من نفس المحكمة إلى (غرفة التجارة الدولية في باريس) في القضية رقم 5730 لعام 1988، أكدت محكمة التحكيم على حقها في تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم استناداً إلى إرادة الأطراف بقولها "إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إخضاع العقد الأصلي إلى القانون اليوناني، كما هو واضح في المادة الثانية من عقد توليه المحكمين، فإنهم في المقابل فوضوا محكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي وذلك في الفقرة من المادة السابعة من عقد توليه المحكمين، وبالتالي تكون هذه المسألة من اختصاص محكمة التحكيم[4].

---

[1] مخلوف، أحمد لسنة 2002، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص118.

[2] قائد مصلح، عبدالسلام عبدالله، شرط التحكيم في عقود النفط والغاز، (مرجع سابق)، ص250.

[3] صاوي، أحمد السيد لسنة 2004 التحكيم وأنظمة التحكيم الدولية، ط1، القاهرة، ص89.

[4] حيث قررت المحكمة أنه:"من حيث المبدأ أن صحة شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في البلد مقر التحكيم.

وتجاهلت محكمة التحكيم القاعدة التي تفيد بأن صحة شرط التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة تتقرر استقلالاً عن كل قانون وطني[1].

وهذه القاعدة أقرها القضاء الفرنسي والتي تم الأخذ بها وتطبيقها من قبل بعض أحكام التحكيم، وقد قامت المحكمة بالبحث عن مدى إمكانية تطبيق القانون اليوناني على شرط التحكيم باعتباره قانون محل الإبرام، حيث قررت المحكمة : "على الرغم من إسناد العقد إلى قانون محل الإبرام معترف به عموماً في القانون الدولي الخاص الفرنسي ومحل تأييد من قبل الفقهاء في مسائل التحكيم الدولي[2].

2–أحكام تحكيم أخضعت شرط التحكيم إلى قانون غير وطني

توجد بعض أحكام التحكيم التي أسندت مسألة إخضاع شرط التحكيم إلى قوانين غير وطنية فهناك بعض القضايا التحكيمية التي لم يتفق الأطراف فيها على إخضاع شرط التحكيم إلى قانون معين، ولم تأخذ محكمة التحكيم منها بقانون الدولة مقر التحكيم منها بقانون الدولة مقر التحكيم لأسباب عدة تختلفمن قضية إلى أخرى ومن هذه الأسباب عدم وجود أي صلة بين هذه القضية وبين قانون الدولة مقر التحكيم[3].

ومن هذه القضايا، حكم التحكيم الصادر في النزاع بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الفرنسية في عام 1982، وقد أكد المحكم في هذا الحكم أن المسائل المثارة أمامه لا يمكن حلها إلا بتطبيق نظام قانوني معين، وبالتالي يجب تحديد النظام القانوني واجب التطبيق[4].

وبعد أن استبعد المحكم القانون الإيراني من القوانين واجبة التطبيق على شرط التحكيم، كون العقد المتنازع عليه نص المادة (44) منه على عدم تطبيق قانون البترول الإيراني لعام 1957، وكذلك القوانين واللوائح التي تتعارض مع هذا العقد كما أن المحكم قام باستبعاد القانون الدنماركي كذلك من القوانين واجبة التطبيق على شرط التحكيم[5].

---

[1] حيث قدرت محكمة التحكيم على أنه:"اتفاق التحكيم يجب أن يستمد قوته الملزمة من نظام قانوني معين".

[2] ناجي أحمد منعم لسنة 1994، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1، ص105.

[3] حمد الله، حمد الله محمد لسنة 2002، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، القاهرة، ص98.

[4] الكردي، جمال محود لسنة 2005، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص77.

[5] الطشي، أنور علي أحمد لسنة 2009، مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم، ط1، القاهرة، ص69.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشرط التحكيم وما يميزه عن شرط الخضوع لاختصاص القضاء العادي

يرد اتفاق التحكيم في عقود البترول ضمن مجموعة شروط تشكل العقد إلا أن هذا الاتفاق له ذاتية خاصة بها من باقي الشروط الواردة في العقد فالتحكيم الوارد في عقود البترول يمتاز بالطبيعة التجارية الدولية، وتظهر الصفة التجارية لعملية التحكيم بالنظر إلى موضوع هذه العقود حيث أنه غالباً ما يثير مصالح التجارة الدولية فهو مرتبط بمصالح تتجاوز الحدود للدولة الواحدة كما تتحدد صفة الدولة لهذا التحكيم متى قمنا بتطبيق المعايير التي قال بها الفقه وجاء بها قانون التحكيم لتحديد الصفة الدولية للتحكيم.

ويأخذ اتفاق التحكيم الوارد في عقود البترول عدة صور قد يكون اتفاق التحكيم شرطاً من الشروط الواردة في العقد وهنا يسمى شرط التحكيم وسيتم إبرام اتفاق التحكيم بعد أن يقع النزاع وهذا ما يسمى الاتفاق مشارطة تحكيم، وأية صورة ورد عليها اتفاق التحكيم فإن لها شروطاً وصفها القانون لصحة الاتفاق، فاتفاق التحكيم ما هو إلا عمل قانوني يلزم لصحته توافر عدة شروط لازمة لقيامه وترتيب آثاره.

وستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لشرط التحكيم في عقود البترول

الفرع الثاني : الطبيعة المختلطة والخاصة للتحكيم

الفرع الثالث: تميز شرط التحكيم في عقود البترول عن شرط الخضوع لاختصاص القضاء الإداري

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لشرط التحكيم في عقود البترول

يعد التحكيم بنوعيه (شرط ومشارطة) قضاءاً استثنائياً وخروجاً عن الأصل العام[1].

ومن أهم الوسائل البديلة في تسوية المنازعات خصوصاً في العلاقات الدولية الخاصة، إذ يقوم التحكيم في بادئ الأمر على الاتفاق بين أطراف النزاع، وينتهي حكماً قضائياً لذا سنتطرق لمعرفة الطبيعة القانونية لشرط التحكيم من جهة وإلى الطبيعة القانونية للتحكيم. فقد اختلف الفقهاء في تحديد شرط التحكيم، فمنهم من يرى أنه مجرد وعد بالتعاقد، بينما يرى آخرون أنه عقد تمهيدي، بينما ذهب البعض إلى اعتباره عقد نهائي بينما الأمركان محسوماً بالنسبة إلى مشارطة التحكيم باعتبارها عقد نهائي[2].

وذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأن شرط التحكيم يعد مجرد وعد بالتعاقد ولهذا يتوجب إبرام مشارطة التحكيم بعد وقوع النزاع وشرط التحكيم يعد عقداً وليس وعداً بالتعاقد اتجهت نية طرفيه إلى حل ما يتم من منازعات عن طريق التحكيم كما أن شرط التحكيم لا يقترن بمدة معينة عند الاتفاق عليه بين الإطراف، لذلك فهو يعد عقداً نهائياً وذلك على عكس الحال في الوعد بالتعاقد حيث أنه يكون مقترناً بمدة معينة والتي يغير الموعود له عن نيته في التعاقد[3].

أولاً: الطبيعة التعاقدية والاتفاقية لشرط التحكيم

تعد الصفة التعاقدية هي الغالبة في التحكيم،لأنه يتم بإرادة أطراف العلاقة القانونية، وأن لهذه الإرادة دوراً في تعيين المحكمين واختيار وفد ومكان إجراء التحكيم، وتحديد طريقة إجرائه بإتباع قواعد المرافعات المدنية أو إتباع قواعد العرف والعدالة، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وفي إمكانية نزول الخصوم عند حكم المحكمين أو عن الطعن فيه[4].

وبالعقود الدولية الخاصة ومن ضمنها عقود البترول فإن أطراف النزاع عند اتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن اللجوء إلى القضاء والدعوى الناشئة عنها، ويخولون المحكم سلطة الفصل في النزاع، وأن مصدر هذه السلطة هي إرادتهم وعليه فلا يمكن أن تكون هذه السلطة

---

[1] الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 والتي نصت أنه: "إذا كان التحكيم يستمد فيه ولايته من إرادة الخصوم على خلاف ولاية القضاء التي تفرض عليهم فإنه يعتبرقضاءً استثنائياًخروجاًعن الأصل العام.

[2] الجمال مصطفى لسنة 1998 التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، القاهرة، الاسكندرية،ص301.

[3] حسن خالد أحمد لسنة 2010، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص148.

[4] أبو الوفا أحمد لسنة 1974، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 19.

قضائية كونها مستندة إلى إرادة أطراف العلاقة القانونية والتي نشبت بينهم، ومن هنا فإن مصدر القوة التنفيذية لقرار التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة فهو يكشف اكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على أساس توافقه مع إرادة الأطراف المتنازعة[1].

ونتيجة للطبيعة التعاقدية للتحكيم، ولما كان مصدر قرارات التحكيم هو اتفاق أطراف العلاقة القانونية والناشئ نزاع بينهم لذلك تنسحب الطبيعة التعاقدية للتحكيم على هذه القرارات وبعبارة أخرى فإن قرار المحكم محل المنازعة ما هو إلا انعكاس لهذا الاتفاق[2].

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن إجراءات التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية ومنها عقود البترول وإن كانت تشبه إلى حد ما الإجراءات القضائية، ولكن لا تسري عليها قواعد المرافعات المدنية والتجارية كما أن المحكمين في هذه العقود ينصرفون بصحة وكلاء أو مفوضين عن الأطراف المتنازعة، كما أن التحكيم في عقود البترول يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ومن ثم لا يتقيد المحكم في عقود البترول بقواعد القانون بعكس القاضي الذي لا يملك غير تطبيق القانون[3].

ولم تحدد قوانين البترول طبيعة التحكيم عند اللجوء إليه. إذ أنها نص فقط بجواز اللجوء إليه لحل المنازعات البترولية من دون تحديد طبيعه فيها.

وقد أشارت إلى هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 27 يوليو 1937 الذي نص فيه "إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشاركها في حقيقتها التعاقدية[4]. كما أن القضاء المصري أخذ بهذا الاتجاه[5].

---

(1) ناجي أحمد منعم لسنة 1994، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1، مركز البحو،صفاء ، ص28.

(2) رضوان أبو زيد (بدون سنة طبع)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص24.

(3) محيسن إبراهيم حرب لسنة 1999، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدني، ط1، دار الثقافة، ص31.

(4) رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، (مرجع سابق)، ص25.

(5) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "بأن اختصاص جهة التحكيم ينظر النزاع وإن كان مرتكزاً أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز سلب اختصاص جهة القانون إلا أنه مبني مباشرة وفي كل حالة من اتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الانتقامية التي يتم بها شرط التحكيم تتخذ قواماً لوجود يجعله عمر متفق بالنظام العام نقضمدني الطعن رقم 3992 لسنة 62 القضائية في 2000/3/23 رقم 82 مجموعة الكتب الفنية لسنة 51 الجزء الأول ص464.

ثانياً : الطبيعة القضائية للتحكيم.

إن فكرة المنازعة وكيفية حلها هو ما يحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم وذلك بوصفه قاضياً يتم اختياره من قبل الأطراف ليقول الحق أو حكم القانون بينهم[1].

وسلطة الإلزام تنتقل من المحكمة إلى المحكم في التحكيم، وعليه إذا تخلف أحد أطراف النزاع عن الحضور أمام المحكم بعد تكليفه بالحضور، أو إذا امتنع عن الإدلاء بدفاعه فإن هذا لا تمنع المحكم من إصدار حكمه في القضية التحكيمية في مواجهة الطرف الذي تخلف عن الحضور أو الممتنع عن الإدلاء بشهادته[2].

وحكم المحكم يكون قابلاً للتنفيذ الجبري في مواجهة شأنه شأن الحكم القضائي[3].

وإذا كان التحكيم في مرحلته الأولى يبتدئ بعمل إرادي هو شرط أو مشارطة التحكيم فإن هذا العمل ما هو إلا فتيل "لوضع نظام التحكيم موضوع الحركة التي تهيمن عليها طبيعة القضائية ويتحرك بذاتيته الخاصة[4].

وقد اختلف مؤيدوا هذا الاتجاه (الطبيعة القضائية للتحكيم) حول أساس هذه الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكمون، فيرى بعض أن أساس سلطة المحكم في إقامة العدالة بين الخصوم هي "التفويض" من سيادة الدولة، والمحكم بمقتضى هذا التفويض يقوم بأداء الوظيفة العامة، وهي إقامة العدالة بن أطراف العلاقة القانونية المتخاصمون إلى أن يباشر وظيفة قضائية ولم يجد هذا الرأي القبول من البعض الآخر من أنصار الطبيعة القضائية وقالوا عنه أنه يجعل من عمل المحكمين مجرد "بطانة" لقضاء الدولة ولكون التحكيم أسبق من الظهور من القضاء ولتطور التحكيم وتنظيم إجراءاته وانتشار مراكزه فإن قضاء التحكيم وقضاء الدولة يقفان بجانب واحد وبصفة متوازية.

وإن التحكيم في العقود الدولية الخاصة، يحتوي عناصر العمل القضائي الثلاثة والمتمثلة في الادعاء والمنازعة والعضو، وأن المحكم في هذه العقود يعد قاضياً يحكم وظيفته وهي الفصل في

---

[1] رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، (مرجع سابق)، ص26.

[2] أبو العلا التمر أبو العلا علي لسنة 12004، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص28.

[3] تنص المادة (266) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969 المعدل على أنه، أو يفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه والمستندات وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن يحددوا مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناء على الصلات والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم الدفاع.

[4] أبو الوفا أحمد لسنة 1974، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية.

المنازعات وقد انتقد هذا الاتجاه بجملة من الانتقادات من أبرزها أن هناك فرق بين القاضي والمحكم في مجال العقد الدولية الخاصة، فمهمة القاضي ليست فصل النزاع فحسب، بل له سلطة ولائية الجبر والأمر بخلاف المحكم في مجال هذه العقود الذي يكون دوره قاصراً على حل النزاع المعين، ويمنح مهمة القاضي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين، هذا فضلاً عن أن القواعد المنظمة للقضاء لا تطبق على التحكيم في مجال العقود الدولية الخاصة وذلك كون القواعد التي يخضع لها المحكم العقود الدولية الخاصة تختلف عن تلك القواعد التي يخضع لها القضاء[1].

وهناك من يرى باعتبار التحكيم في هذه العقود عملاً قضائياً يجد ما يعززه فيما قرره قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 من وجوب تسبيب أحكام المحكمين الاستثماريين وتضمينها ببيانات معينة كما في الأحكام القضائية، فضلاً عن اعترافه لها بقوة الأمر المقضي فقد نصت المادة (1471) منه ويعتبر تحفظ على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم حيث نص على أنه يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي ملخصاً لإعادات الأطراف وأسبابهم ويجب أن يكون الحكم التحكيمي معللاً (مسبباً) ونصت المادة (1472) على البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم وألا تعرض للبطلان حيث نصت على أنه يجب أن يشتمل الحكم التحكيمي[2].

- اسم كل من المحكمين الذين أصدروه
- تاريخه
- المكان الذي صدر فيه
- اسم وشهرة أو تسمية الأطراف وعنوان موطنهم
- وفقاً للحالة اسم المحامي أو الشخص ممثل الأطراف

كما نصت المادة (1476) على تمتع الأخير بقوة الأمر المقضي بمجرد الحكم حيث نصت على أنه "يتمتع المحكم التحكيمي منذ صدوره بقوة القضية المقضية بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه ما أدى بالبعض إلى القول بأن المشرع الفرنسي قد أعطى أحكام التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية طابعاً قضائياً سواء أكان من حيث الشكل أو من حيث الآثار[3].

---

[1] أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص18.

[2] م (1471) من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981.

[3] المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص14.

كما أن القضاء الفرنسي أخذ بالطبيعة القضائية في بعض من الأحكام الصادرة عنه كما في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 1979/4/12 والمتضمن حكم المحكم يشبه الحكم القضائي منذ اكتسابه الحجية من صدوره، ومن أن جواز استئنافه منذ صدوره من دون انتظار لإعطائه الصفة التنفيذية[1].

الفرع الثاني : الطبيعة المختلطة والخاصة للتحكيم

أولاً : الطبيعة المختلطة

نتيجة للانتقادات الموجهة للاتجاهين السابقين (الاتفاقي، القضائي) ظهر اتجاه ثالث يرى أصحابه أن طبيعة التحكيم في العقود الدولية الخاصة بوجه عام طبيعة مختلفة تمزج بين الطبيعة الاتفاقية والقضائية معاً، منهم لا يضعون للتحكيم في هذه العقود طبيعة واحدة من بدايته إلى نهايته، بل يكيفون كل مرحلة من على حد ويعطونها التكييف القانوني المناسب لها، إذ أن التحكيم حسب رأيهم مرحلتان:

المرحلة الأولى: هي مرحلة التعاقد والتي يقوم أطراف النزاع أي الخصوم باختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدائرة بينهم وكذلك اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع.

المرحلة الثانية : فهي تحول المرحلة التعاقدية إلى قضائية وذلك يتدخل قضاء الدولة عند لجوء أطراف النزاع إليها للإضفاء على قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ إذ يتحول من قرار التحكيم في مجال الاستثمار إلى حكم قضاء[2].

ويعد قرار التحكيم الصادر في عقود البترول وفقاً لهذا الاتجاه قراراً قضائياً، وذلك بعد حيازته لأمر التنفيذ في البلد المطلوب بتنفيذه فيه إذ يخضع بالضرورة على تنفيذه لقواعد تنفيذ الاهتمام القضائية الأجنبية[3].

---

[1] قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ابريل عام 1945 بأن أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم في عقود الاستثمارات الأجنبية إنما يعبرون عن إرادتهم في إعطاء المحكم سلطة قضائية إذ أنه عدل عن الطبيعة التعاقدية بعد ذلك ولجأ إلى الطبيعة القضائية.

[2] رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، (مرجع سابق)، ص33.

[3] الجمال، مصطفى محمد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، (مرجع سابق)، ص49.

وقد حاول من أخذ بهذا الاتجاه أن يتجنب الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه الذي نادى الطبيعة الاتفاقية والاتجاه الذي أخذ بالطبيعة القضائية في عقود الاستثمارات الأجنبية، لكنهم لم يتمكنوا من ترجيح أياً منهما على الأخرى، لذا فلا يمكن اعتباره إلا حلاً توفيقياً لا تنتهي عنده المشكلة، فلا يكفي لتحرير الطبيعة القانونية للتحكيم في مجال عقود البترول القول بأنه يبدأ باتفاق وينتهي بحكم قضائي خلال وضع حد زمني فاصل ينحسر فيه الطابع الاتفاقي للتحكيم تاركاً المجال لظهور الطابع القضائي، كما أن لهذا الاتجاه نتائج تخالف الواقع، وذلك من الممكن أن يبرز الطابقين الاتفاقي والقضائي معاً منذ الاتفاق على التحكيم في عقود البترول وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم فإذا كان التحكيم في عقود البترول يبدأ من الاتفاق عليه، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي، خاصة وإن موضوعه هو إقامة نظام قانوني يحل محل القاضي في الفصل في النزاع، كما أن الحكم الذي ينتهي به التحكيم في عقود البترول ليس بمقطوع الصلة عن اتفاق التحكيم من عقود البترول فيما يخص سير خصومة التحكيم في مجال عقود البترول وإجراءات الفصل فيها، ومن هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي[1].

ثانياً : الطبيعة الخاصة للتحكيم

هذا الاتجاه يقوم على تحليل العناصر التي تدخل في تكوين نظام التكيم لتغطية طبيعته الذاتية المستقلة[2].

فنتيجة للانتقادات الموجهة إلى الاتجاهات الثلاثة السابق ذكرها قام جانب من الفقهاء بتحديد طبيعة التحكيم خلال اعتبارها ذات طبيعة وكيان مستقل بذاته في تسوية المنازعات ويختلف العقد والقضاء، فهو يهدف إلى العدالة ولكن بطرق تختلف عن القضاء، كما أن العقد ليس هو جوهر التحكيم في العقود الخاصة، بدليل أنه لا يوجد التحكيم الإجباري في هذه العقود ومن ضمنها عقود البترول، ونظام التحكيم يتكون من عنصرين. أولها اتفاق التحكيم، والثاني قضاء المحكم، واتفاق التحكيم من جنس العقد، ولكن له من الخصائص ما يميزه عن غيره من العقود، وفصل المحكم في النزاع

---

[1] إبراهيم، أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، (مرجع سابق)، ص40.

[2] راشد سامية لسنة 1984، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، (مرجع سابق)، ص49.

من جنس القضاء له من الخصائص ما يميزه عن القضاء في صورته المعروفة التي تضمنها الدولة، يعد اتفاق التحكيم عقد لكنه يتميز عن باقي العقود، بأن هدفه تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو الناشئة فعلاً عن علاقة قانونية معينة، وأما موضوعه فهو إقامة كيان– فرداً أو هيئة للفصل فيما يرفعه إليه الخصوم من إدعاءات، والمحكم عند قيامه بحسم النزاع، فإن ذلك لا يتم إلا وفقاً لمبادئ عامة منصوص عليها في النظام القانونية للدولة، الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية، أي سيشمل إلى جانب قضاء الدولة هيئات التحكيم وتلك المبادئ ومبدأ الحياد مبدأ كفالة حق الدفاع ومبدأ المساواة ومبدأ المواجهة بين الخصوم[1].

لذا فعندما يتم الاتفاق على التحكيم ويتم تعيين الهيئة التي تتولى الفصل في النزاع، فإنها سوف تمارس وظيفتها القضائية في حسم النزاع، مستقلة عن إرادة أطراف النزاع، ولكن يدخل اتفاق التحكيم في صدد تعرف المنازعات التي تدخل في ولاية المحكم إضافة إلى تعرف القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإتباع، لذا فإن التحكيم قضاء ولكنه قضاء ثقافي والقرارات الصادرة عنه هي قرارات قضائية لها طبيعتها الخاصة[2].

وليست قرارات قضائية بحقه، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام 2002 بأن التحكيم "طريق استثنائي بفض المنازعات وسالباً لاختصاص القضاء" أي أنهما بالطبيعة المستقلة للتحكيم[3].

مما تقدم ذكره في الاتجاهات التي قبلت في بيان الطبيعة القانونية للتحكيم فإن الطبيعة القانونية لشرط تحكيم في عقود البترول من الصعوبة بمكان أن تسير مع هذا الاتجاه الأول (الطبيعة الاتفاقية) كون الاتجاه الاتفاقي أو التعاقدية للتحكيم يذهب بعيداً مع سلطان الإرادة المطلقة للأطراف التحكيم وصحيح أن لأطراف التحكيم الحق في اختيار المحكمين ومكان التحكيم ولغة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ولكن الإرادة لم تتعدى في حقيقة الأمر الطلب من المحكمين تطبيقها دون تطبيق القانون[4].

---

[1] عبد المجيد، منير لسنة 1992، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص66.

[2] كريم، عبد الرسول لسنة 2002، الاعتراف في الأحكام القضائية وقرارات التحكيم، العراق، ص78.

[3] نقض مدني، الطعن رقم 820 لسنة 66 القضائية في 2002/11/25 رقم 210 مجموعة الكتب الفني لسنة 1953 الجزء الثاني ص1087.

[4] عرفه، محمد السيد لسنة 2009، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة، القاهرة.

وترى الدراسة أن الاتجاه الأرجح هو الاتجاه الذي نادى بالطبيعة الخاصة للتحكيم، القائلة بأن التحكيم هو قضاء ولكنه قضاء ثقافي، وهذا الاتجاه يعتمد في استنتاجه عن التحليل الموضوعي للعناصر التي يتكون منها نظام التحكيم، ونظام التحكيم من عنصرين أولهما اتفاق التحكيم والثاني قضاء المحكم، واتفاق التحكيم من جنس العقد ولكنه له من الخصائص ما يميزه عن غيره من العقود وفصل المحكم في النزاع من جنس القضاء ولكن له من الخصائص ما يميزه عن القضاء صورته المعروفة التي نظمتها الدولة[1].

ويعد اتفاق التحكيم عقد لكنه يتميز عن باقي العقود بأن هدفه تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو الناشئة فعلاً عن علاقة قانونية معينة، وأما موضوعه فهو إقامة كان فرداً أو هيئة– للفصل فيما يرفعه إليه الخصوم من إدعاءات والحكم عند قيامه بحسم النزاع فإن ذلك لا يتم إلا وفقاً لمبادئ عامة منصوص عليها في النظام القانوني للدولة، الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة التي تشمل إلى جانب قضاء الدولة هيئات التحكيم ومن تلك المبادئ ومبدأ كفالة حق الدفاع ومبدأ المساواة ومبدأ المواجهة بين الخصوم ولكن يدخل اتفاق التحكيم في عمل المحكم بصدد تعرف النزاعات التي تدخل في اختصاص المحكم[2].

الفرع الثالث : تمييز شرط التحكيم في عقود البترول عن شرط الخضوع لاختصاص القضاء العادي

الأصل أن يكون الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء، إذ ان ممارسة سلطة القضاء أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة. إذ يعد القضاء الوطني صاحب الاختصاص الأصل في الفصل في منازعات عقود البترول إلا أن هذه المسألة ليست من النظام العام، إذ يجوز على تسوية هذه المنازعات بطرق أخرى غير القضاء، ويعرف هذا الاختصاص القضائي الدولي : القواعد القانونية التي تحدد متى تختص المحاكم الوطنية بالمنازعات الخاصة الدولية[3].

---

[1] أبو العلا التمر أبو العلا علي، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم، (مرجع سابق)، ص126.

[2] أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، (مرجع سابق)، ص88.

[3] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم (1803) الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية الصادر في 14 كانون الأول عام 1962 حيث أشار في المادة منه على أنه: يرى عند نشوء أي نزاع مسألة تفويض.

أما القضاء فيعرف بأنه : وسيلة لحسم المنازعات بحكم ملزم صادر عن هيئة دائمة تضم قضاة مستقلية معينين مسبقاً[1].

ويعرف أيضاً قول ملزم يصدر عن ولاية عامة يفصل بالخصومة بالحق والعدل[2].

وعرفه آخرون : فصل الخصومات وضع المنازعات على وجه مخصوص[3].

ويمكن اللجوء في تسوية المنازعات تسوية عقود البترول إلى محاكم الدولة المنتجة لتسوية وحل النزاع كون ممارسة سلطة القضاء تعد من أهم مظاهر سيادة الدولة[4].

ويثار موضوع الخضوع إلى القضاء الوطني بأحد أسلوبين إما ينص عليها بعقد البترول نفسه مثال ذلك عقد إيران الكونسرتيوم لسنة 1973 في المادة 28 منه[5].

وفي مصر فقد تضمنت عقودها نصاً يشير إلى اختصاص المحاكم الوطنية[6].

أما الأسلوب الثاني فهو بالنص في قوانين الدول المنتجة للبترول على ذلك أي أن القوانين الوطنية للدول المنتجة للبترول تنص على اختصاص قضائها الوطني في النظر في المنازعات البترولية والتي تكون نتيجة عقد من عقود البترول هي طرف فيه، مثال ذلك القانون الليبي رقم (5) لسنة 1997[7] في شأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وكذلك ما نص عليه قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل في البند الأول من المادة (87) على أنه تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعت التي تنشأ في عقد نقل التكنولوجيا[8].

---

[1] طاهر محمد جمال لسنة 2005 حل المنازعات الرياضية بالتحكيم، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ص19.

[2] خطاب، ضياء شبيب سنة 1984، فن القضاء الأولى مؤسسة الخليج للطباعة والنشر الكويتية، ص13.

[3] سلمان، كاظم حنتوش لسنة 1994، أحكام عقد التحكيم في التشريع العراقي، بغداد، ص13.

[4] هذا ما أكدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المرقم (1803) الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية.

[5] الكوتسرينوم : هو اتفاق بين عدة أطراف محلية وأجنبية يتضمن إلتزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين لمدة محدودة من أجل تحقيق الربح.

[6] مثال ذلك نصت المادة (42) من العقد المبرم بين مصر وشركة (بان أمريكان) لسنة 1963 على أن المنازعات التي قد تحصل بين مصر والشركة ينعقد اختصاص النظر في المحاكم المصرية.

[7] والنص عليه قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 في المادة (3)، تسري ولاية القضاء على كل الأشخاص.

[8] منشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد (19) في 999/5/17.

وقد أوصت منظمة أوبك على أن كلمة المنازعات الناشئة بين الدول الأعضاء وشركات النفط الأجنبية تدخل في الاختصاص المطلق للمحاكم الوطنية المختصة وذلك في قرارها المرقم 90/16 لسنة 1968[1].

ومن هنا فإن المحكمة المختصة لتسوية منازعات عقود البترول هو القضاء الوطني، وقد يتفق أطراف العقد الدولي على شرط التحكيم بوروده صريحاً في هذا العقد إلى اللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع يتعلق بهذا العقد مستقبلاً، وقد تتفق الأطراف أيضاً في ذات العقد الدولي على اختصاص قضاء دولة ما بالفصل في النزاع عند نشوئه وفي هذه الحالة قد تثور مسألة في غاية الأهمية، وهي حدوث تنازع في الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة، فقد يرد شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي لدولة ما في العقد الدولي وتتفق الأطراف على الاختيار بينهما، وفي هذه الحالة يحق للمدعي عند حدوث النزاع إما اللجوء إلى قضاء التحكيم أو قضاء الدولة، ومن ثم فإن المدعي عليه ليس له أن يعترض، وقد يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم أولاً ثم قضاء الدولة على سبيل الاحتياط في النزاع وأحياناً قد يتفق على شرط الاختصاص القضائي لدولة ما على سبيل الاحتياط، بقصد السعي إلى مرحلة ثانية للقاضي والانتقال بحكم التحكيم إلى مرحلة الاستئناف وهذا الشرط يقع باطلاً في الدول تعد حكم التحكيم حكماً نهائياً لا يجوز الطعن بالاستئناف[2].

وقد تصطدم بمبدأ حصانة الدولة وبالتالي عدم نظر المحاكم الداخلية للتصرفات التي قد تصدر من الدولة والتظلم القضائي للدولة المنتجة قد يختلف عن التظلم الفضائية للدول التي تتبعها الشركات البترولية الأجنبية خصوصا أن القضاء في الدول المنتجة يتميز ببطء الإجراءات والتعدد في درجات التقاضي وهذا ما لا يتناسب مع طبيعة عقود البترول التي تتطلب السرعة في حسمها[3].

كما أن إخضاع المنازعات البترولية للقضاء الوطني يعد مخالفاً للمبدأ القائل بعدم جواز أن يكون طرفاً ما حكماً وخصماً في نفس الوقت كون القاضي الوطني هو موظف حكومي تابع للجهاز القضائي للدولة المنتجة، ونتيجة لما تقدم من انتقادات موجهة إلى القضاء الوطني لا بد من وجود

---

[1] نص القرار على أنه "فيما عدا الحالات التي تنص القوانين الوطنية لدول الأعضاء على خلاف ذلك فإن المنازعات الناشئة بين الدول الأعضاء، وشركات النفط الأجنبية، تدخل في الاختصاص المطلق للمحاكم الوطنية المختصة.

[2] القاضي، خالد محمد لسنة 2004، إشكاليات العلاقة بين التحكيم والقضاء، بحث منشور على صفحة قضايا وآراء في 26 فبراير على الموقع الإلكتروني.

[3] عشوش، أحمد عبد الحميد لسنة 1975، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، القاهرة، ص419.

هيئة قضائية محايدة وفعالة لتسوية منازعات في عقود البترول لذا فإن أغلب العقود البترولية تواترت على تضمين عقود البترول بشرط التحكيم[1].

وكما ذكرنا أن إحالة الخصومة إلى القضاء الوطني يتم بإحدى وسيلتين والنص بالإحالة إلى القضاء في العقد يقترب كثيراً من شرط الحكيم في عقود البترول على اعتبار أن كليهما يؤدي إلى فض الخصومات وإظهار حكم العدالة، هذا فضلاً عن أن كلا النظامين يتمتعان بقوة الالزام عند تقصير القرارات الصادرة سواء أكان عن شرط التحكيم في عقود البترول أم عن القضاء[2].

ولكن القضاء يختلف عن شرط التحكيم في عقود البترول من عدة جوانب فمن حيث ولاية كلاً منهما فإن القضاء يعد الوسيلة الأصلية الأساسية والعامة لتسوية المنازعات عكس التحكيم الذي يعد وسيلة ثانوية أو استثنائية أو خاصة لتسوية النزاع.

وكذلك من حيث مركز القضاة والمحكمين وشروطهم، فالقضاة يعينون من قبل الدولة ولا يختارهم الخصوم عكس المحكمين فيتم اختيارهم من قبل الخصوم[3].

كما أن الأصل الاتفاقي للتحكيم يجعله متميزاً عن القضاء، حيث للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون أو القواعد التي يطبقها المحكم في المنازعات المعروضة عليه دون توافر صلة أو رابطة بين هذا القانون وبين العقد محل النزاع، أما بالنسبة للقاضي، ففي الغالب الأعم، الأمر على خلاف ذلك حيث يرى جانب من الفقه ضرورة وجود صلة أو رابطة بين هذا القانون وبين العقد محل النزاع[4].

كما أن الاتفاق على شرط التحكيم في عقود البترول لا يعني النزول التام المطلق على حماية القانون أو النزول عن الحق في اللجوء إلى القضاء، لأن المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقرره لأن التحكيم في عقود البترول باتفاقهم عليه يمنحان المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره فإرادة الخصوم بعقد التحكيم في عقود البترول تقصير على مجرد إحلال

---

[1] خالد، هاشم لسنة 2004، أولوليات التحكيم التجاري لسنة 2004، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص166.

[2] عرفه، محمد السيد، التحكيم الداخلي في القانون المصري، (مرجع سابق)، ص20.

[3] عرفه، محمد السيد، التحكيم الداخلي في القانون المصري (مرجع سابق)، ص419.

[4] أحمد، رشا علي الدين لسنة 2010، دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص20.

المحكم في مجال الاستثمارات البترولية محل المحكمة في النظر والفصل في النزاع بحيث إذا لم ينفذ الأخير لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة[1].

وكذلك يختلف التحكيم عن القضاء من حيث نسبية أثر الحكم إذ أن الحكم القضائي يتمتع بحجية مطلقة، فلا يقتصر أثره على المحكوم عليه وحده له الحجية في مواجهة الكافة بعكس حكم التحكيم فيكون قاصر على الأطراف فقط[2].

---

[1] حياوي لسنة 2004، القاضي نبيل عبد الرحمن، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، ص43.

[2] عرفه، محمد السيد، التحكيم الداخلي في القانون المصري (مرجع سابق)، ص23.

الخاتمة

سيظل الذهب الأسود الصدر الوحيد للطاقة لفترة لا يعلم مداها إلا الله، وذلك لعدم القدرة على توفير بديل له، على الأقل في السنوات القليلة القادمة على أقل تقدير وسيؤدي إلى زيادة نسبة الصراع الدولي على منابع النفط تحت شعارات عديدة، وتضمنت عقود النفط وإلغاء شرط التحكيم كان أساسه هروب الشركات من المثول أمام المحاكم الوطنية، لقناعتها بأن هذه المحاكم لن تكون محايدة في الفصل في أي نزاع قد يثور بين هذه الشركات والدولة هي التي تكون طرف في عقود البترول، فشرط التحكيم هو الضمانة الوحيدة للحفاظ على مصالح هذه الشركات إذا وقت نزاع أثناء تنفيذ العقد المبرم بين طرفيه.

وقد توصلت الباحثة إلى النتائج التالية:

1- إن عقود البترول هي اتفاق بين الدولة المنتجة والشركات النفطية المستثمرة التي تكون أجنبية، تمنح بموجبها الشركات المستمرة الحق بالبحث والتنقيب وتطوير الحقل النفطية.

2- تعد وسائل تسوية منازعات عقود البترول من العوامل المشجعة للشركات الأجنبية في الدول المنتجة إذ تسعى الشركات البترولية للحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعتها. بما يتناسب مع طبيعة عقود البترول.

3- يعد التحكيم من أهم الوسائل التي تسعى أطراف عقود البترول الاتفاق عليه وخصوصاً الشركة الأجنبية من أجل تسوية أي منازعة قد تحصل بين الطرفين بشأن تفسير أو تنفيذ العقد البترولي، وغالباً ما يكون هذا الاتفاق على شكل شرط أو بند يتضمنه العقد الأصلي (شرط تحكيم) الموقع بين الطرفين.

4- هناك قلة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي نظمت موضوع القانون الذي يحكم شرط التحكيم بالرغم من الأهمية الكبيرة التي يتمتع بها هذا الموضوع.

5- نظم المشرع الكويتي التحكيم في قانون المرافعات ولم يشر إلى بعض الأمور غاية الأهمية في التحكيم فهنا القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم وذلك لا يوجد أي نص حول استغلال شرط التحكيم.

6- إن اللجوء إلى التحكيم في عقود البترول مشروع، إذ أباح القانون ذلك صراحة.

التوصيات:

1- نوصي المشرع الكويتي بتسهيل إجراءات التحكيم في عقود البترول من خلال حل الاشكاليات المتعلقه بما يلي :

أ- اختيار هيئة التحكيم من قبل اطراف العقد وإذا تعزر ذلك يحدد المشرع جهات محلية وليس دولية للتحكيم

ب-حل اشكالية التحكيم متعدد الاطراف من خلال تدخل المشرع بتحدي الجهه التي تحكم من خارج الطرفين الذين تم رفضهم .

2- توسيع نطاق التحكيم ليشمل الطرف الثالث المتدخل في العقد الاصلي .

3- نوصي المشرع باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتحديد هذا القانون بدقه .

المصادر والمراجع

أولاً : الكتب

1. إبراهيم محمد محمد دح لسنة 2009، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، الاسكندرية.
2. أبو العلا التمن أبو العلا علي لسنة 2004، دراسة تحليلية للمشكلات العالمية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
3. أبو الوفا أحمد 1987 التحكيم الإجباري والاختياري الاسكندرية.
4. أبو الوفا، أحمد لسنة 1987، التحكيم الإجباري الاختياري، الاسكندرية، دار المعارف.
5. أبو زيد سراج لسنة 2010، التحكيم في عقود البترول، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
6. أبو طالب فؤاد محمد 2007 التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي القاهرة.
7. الأحدب عبد الحميد لسنة 2008، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، منشورات الحلبي، بيروت.
8. أحمد رشا علي الدين لسنة 2010 دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
9. الأسعد بشار 2006 عقود الاستثمار في العلاقات الدولية منشورات الحلبي.
10. الأسعد بشار محمد لسنة 2006، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت.
11. بابن نجم، زين العابدين بن إبراهيم الشهير لسنة 1413، المبهر الرائع شرح كنز الدقائق، مجلد 7، ط2، دار المعرفة، بيروت.
12. بربري، محمود مختار أحمد لسنة 2008، قانون المعاملات التجارية للالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.
13. برهم، نضال سليم لسنة 2009، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان.

14. بن زكريا أبو الحسن أحمد بن فارس لسنة 1402، معجم مقاييس مادة التحكيم، القاهرة، ط3.
15. بن منظور، أبو الفضل جمال الدين لسنة 1414، لسان العرب، مجلد (10) بيروت.
16. ترزيان بيادر لسنة 1982، الأسعار والعائدات والعقود النفطية في البلاد العربية وإيران، ط1، المؤسسة العامة للدراسات والنشر، بيروت.
17. الجداوي أحمد قسمت لسنة 1997 نشوء إدارة المخاطر في عقد البترول القاهرة.
18. جعفر أنس قاسم لسنة 1007 العقود الإدارية دار النهضة العربية القاهرة ط1.
19. الجمال، مصطفى لسنة 1998، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الاسكندرية، منشأة المعارف.
20. الجميلي محمد عبد الواحد لسنة 1997 ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري دار النهضة العربية.
21. الجيران، صادق محمد محمد لسنة 2006، التحكيم التجاري الدولي للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، ط1، الحلبي.
22. الجيلي، نجيب أحد عبدالله ثابت لسنة 1996 التحكيم في القانون اليمني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية).
23. حبيب، ثروت لسنة 1974، دراسة في قانون التجارة الدولية، الاسكندرية.
24. حبيب، ثروت لسنة 1974، دراسة في قانون التجارة الدولية، الإسكندرية.
25. الحداد، حفيظة السدي لسنة 2002 الوجيز في النظرية العامة للتحكيم بيروت منشورات الحلبي.
26. حسن، خالد أحمد لسنة 2010، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة.
27. الحلو ماجد راغب لسنة 2004 العقود الإدارية والتحكيم دار الجامعة الجديدة القاهرة.
28. حمد الله، حمد الله محمد لسنة 2002، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، القاهرة.
29. حياوي القاضي نبيل لسنة 2004، نبيل عبد الرحمن، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد.

30. حياوي، نبيل عبد الرحمن لسنة 2004، مبادئ التحكيم، ط3، المكتبة القانونية، بغداد.
31. حيدر، علي لسنة 1423هـ، مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض.
32. خالد، هاشم لسنة 2004، أوليات التحكيم التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
33. خطاب، ضياء شيت لسنة 1984، فن القضاء الأولي مؤسسة الخليج للنشر، الكويت.
34. خليفة عبد العزيز عبد المنعم لسنة 2005 الأسس العامة للعقود الإدارية مطبعة الولاء الحديدية.
35. خليل، إبراهيم، خليل لسنة 2005، القانون الواجب التطبيق على سند الشحن الدولي في القانون الدولي الخاص، العراق، الموصل.
36. درياش مفتاح عمر لسنة 2012، المنازعات الدولية وطرق تسويتها، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط12.
37. الدليمي، حميد فيصل لسنة 2006، القانون الواجب التطبيق عن مسائل التحكيم، جامعة بغداد.
38. راشد، سامية لسنة 1984، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
39. الرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان لسنة 1381هـ، التنقيح المشيع لتحرير أحكام المقنع، دار العروبة، القاهرة.
40. الرفاعي أشرف عبد العليم لسنة 2006، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر.
41. الزحيلي وهبة لسنة 1405هـ، الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد 6، دار الفكر، دمشق، ط2.
42. الزرقاء مصطفى أحمد لسنة 1418هـ، المدخل الفقهي العام، مجلد دار العلم، ط1.
43. الزهدي، أبي عبدالله، محمد بن سعد، بن منيع لسنة 1337 الطبقات الكبرى مجلد 1 بيروت.
44. السامرائي، دريد محمود علي لسنة 2001، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني (دراسة مقارنة)، العراق، بغداد.
45. السرخسي، أبو بكر بن محمد لسنة 1308، المبسوط ط3، دار المعرفة، بيروت.

46. سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الداخلي والدولي.
47. سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم الداخلي الدولي.
48. سليمان شعيب أحمد لسنة 1981، التحكيم في فض المنازعات في تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، بغداد
49. سليمان، شعيب أحمد لسنة 1981م، التحكيم في فض المنازعات في تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر.
50. السمدان، أحمد ضاغن لسنة 1993، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول.
51. السنوسي صبري محمد لسنة 2008 العناصر الأساسية في العقود الإداري وأهم بنود العقد الإداري مركز البحوث والاستشارات القانونية القاهرة.
52. السيد عمر محمود لسنة 2003 التجاء الجهات الإداريةى للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية دار المطبوعات الاسكندرية.
53. الشريف عزيزة لسنة 1981 دراسة في نظرية العقد الإداري دار النهضة العربية.
54. الشوكاني، محمد بن علي لسنة 1403، فتح القدير مع شرح العناية، دار الفكر العربي، بيروت.
55. الشيرازي، أبو الظاهر محمد بن يعقوب الصديقي لسنة 1407، القاموس المحيط، مجلد4، المكتبة التجارية، القاهرة.
56. الشيربيني الخطيب شمس الدين محمد بن أحمد لسنة 1958، مفتي المحتاج إلى معرفة المنهاج، مكتبة معطي البابلي، القاهرة.
57. صاوي أحمد السيد لسنة 1995، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
58. الطحاوي سليمان لسنة 1991 الأسس العامة للعقود الإدارية دار الفكر العربي.
59. الطشي، أنور علي أحمد لسنة 2009، مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم، ط1، الفكر الجامعي، الاسكندرية.
60. ظاهر، محمد جمال لسنة 2005، حل المنازعات الرياضية بالتحكيم، العراق، بغداد.

61. عارف أحمد لسنة 2004، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة، ط1.
62. عامر صلاح الدين لسنة 2007 مقدمة لدراسة القانون الدولي العام دار النهضة القاهرة.
63. عبد الباسط محمد فؤاد لسنة 1992 أعمال السلطة الإدارية دار الجامعة الجديدة الناصرة.
64. عبد العال، عكاشة لسنة 1998، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية.
65. عبد القادر، نريمان لسنة 1996، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في الموارد المدنية والتجارية، القاهرة.
66. عبد المجيد منير 1992 تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية منشأة المعارف الاسكندرية.
67. عبد المجيد، منير لسنة 1992، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
68. العبدلي ابن عبدالله محمد بن يوسف لسنة 1329، القاج والإكليل، مجلد 7، مكتبة النجاح.
69. عرمة محمد السيد لسنة 2009، القانون الواجب التطبيق عن النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة، القاهرة.
70. عشوش، أحمد عبد المجيد، لسنة 1975، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، القاهرة.
71. علوان، محمد يوسف لسنة 1980، النظام القانوني للنفط في الأقطار العربية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت.
72. علي بكر محمد عبد العزيز لسنة 2000 فكرة العقد الإداري عبر الحدود القاهرة.
73. علي، جواد لسنة 1980، الفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، مجلد1، بيروت، ط2.
74. غنام شيرين محمد لسنة 2000، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية وماهية توحيد شروط القوة القاهرة وإعادة التعاون، دار النهضة العربية، القاهرة.

75. الغنام طارق فهمي لسنة 2011 طبيعة مهمة المحكم ط1 دار النهضة العربية القاهرة.
76. الغنيمي محمد طلعت لسنة 1961، شروط التحكيم في اتفاقيات البترول.
77. قائد، مفلح عبد السلام عبدالله، شروط التحكيم في عقود النفط والغاز.
78. القاري أحمد بن عباس لسنة 1401، مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، دراسة وتحقيق.
79. القاضي، خالد محمد لسنة 2004، إشكاليات العلاقة بين التحكيم والقضاء، بحث منشور على صفحة قضايا وآراء.
80. القدس، عبد الباسط محمد عبد الواسع لسنة 2012، النظام القانوني للاتفاق الحكيم، القاهرة.
81. قزبوع، عليوش، التحكيم التجاري الدولي.
82. القطيفي، عبد المحسن، لسنة 1969، دو ر التحكيم في فض المنازعات الدولية مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد العدد الأول.
83. الكردي، جمال محمود لسنة 2005، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
84. المؤمن حسين لسنة 1977 الوجيز في التحكيم مطبعة الفجر بيروت.
85. الماحي حسين لسنة 2006، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
86. محمود سيد أحمد لسنة 1998، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الإلكتروني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
87. محيسين، إبراهيم حرب لسنة 1999، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدني، ط1، دار الثقافة.
88. مخلوف، أحمد لسنة 2002، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
89. المصري، حسني لسنة 2006، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة.
90. مفلح، عبد السلام عبدالله قائد لسنة 2012، شروط التحكيم وعقود النفط والغاز، القاهرة.

91. ناجي، أحمد منعم لسنة 1994، النظام القانوني للتحكيم التجاري، ط1، القاهرة.
92. الهداوي حسن لسنة 1988، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الكتب والتوزيع، العراق، الموصل.
93. الورداني يحيى تويتي (بدون سنة نشر) التحكيم في عقود البترول القاهرة.
94. محمد يوسف علوان 2007، القانون الدولي العام، الطبعة الثالثة دار وائل للنشر
95. د. رشيد العنزي 2009 ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثالثة

ثانياً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

1- عصام الدين سعيد النور لسنة 2015، التحكيم في منازعات عقود البترول، دراسة مقارنة، جامعة أم درمان الإسلامية.
2- سراج حسين محمد أبو زيد لسنة 1998، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
3- دريد محمود علي السامرائي لسنة 2011، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد.
4- عماد خلف دهام الجبوري لسنة 2015، النظام القانوني لعقود النفط الدولية في التشريع العراقي والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
5- وسن مقداد عبدالله الشاهين لسنة 2005، التزامات الإدارة في عقود الاستثمارات النفطية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.
6- قاصد فاضل الشمري 2016 ، مدى كفاية قواعد التحكيم في حل منازعات الاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنه) جامعة أل البيت .
7- احمد سعدون لفته 2016 ، شرط التحكيم في عقود البترول ، دراسة مقارنه ، جامعة المنصورة .
8- سمير عبود فرحان 2017 ، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم دراسة مقارنه بين القانونين الأردني والعراقي ، جامعة الشرق الأوسط .

التشريعات :

1- الدستور الكويتي 1962

2- الدستور المصري لسنة 1954.

3- الدستور اليوغسلافي لسنة 1946.

القوانين الكويتية :

1- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980 .

2- قانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية .

3- قانون رقم 102 لسنة 2013 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية .

القوانين العربية:

1- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لسنة 1952.

2- قانون المناجم والمحاجر المطري رقم لسنة 1956 المعدل.

3- قانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1983.

4- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992.

5- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

6- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل.

7- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2002.

8- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني 440 لسنة 2002.

9- قانون التوقيع الإلكتروني المصري لعام 2004.

القوانين الأجنبية:

1- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978.

2- قانون المرافعات الغربي رقم 81/500 الصادر في 1981/5/12.

3- قانون التحكيم الاسباني رقم 36 لسنة 1988.

4- قانون التجارة الفرنسي رقم 15 لسنة 1995.

5- قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1977.

6- قانون النفط الإيراني لسنة 2004.

الاتفاقية واللوائح :

1- اتفاقية نيورك لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958.

2- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965.

3- قانون التحكيم الذي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976.

المجلات والدوريات:

1- الدكتور أحمد السمدان 1994 ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق جامعة الكويت .

2- الدكتور ابو زيد راضوان 1980، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة العدد الثاني ، جامعة الكويت .

3- الاستاذ الدكتور أحمد شرف الدين 1985 ، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية مجلة ادارة الفتوى والتشريع والكويت .

4- الدكتور أحمد عبد الرحمن الملحم 1994 ، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت .

5- الدكتورمحمد يوسف علوان 1980، القانون الدولي للعقود ، مجلة الحقوق والشريعة ، جامة الكويت .

Abstract

Arbitration in Crude Oil contracts

Prepared by
Mai Awad Mohamed Alzufairi

Supervised by:
Dr. Farhan Nazzal Al-Masaeed

The arbitration clause is an important condition that contractors use it in international contracts, particularly in oil contracts; to resolve disputes that may arise between them to such an extent that these contracts could hardly dismiss these conditions. Therefore arbitration has become the natural space in in this field, due to the advantages that characterize the arbitration which makes it appropriate to the nature of international contracts, especially oil contracts.

The researcher had reached the following result:

- The arbitration is considered one of the methods to settle conflicts in oil contracts – since these contracts are considered administrative contracts, therefore many countries had included the Arbitration to be be part of its legal system and consider it one of the dispute solving methods in private and public laws. Arbitration had become one of the important methods in settling disputes araised in administrative ciontracts that are related to investmnent.

The most important recommendation is:

- There must be an increae in authorities awearness to prepare an educate staffs that gain the experience in arbitration of oil contracts, by conducting local, regional and international training courses and siminars to develop their technical knowledge in the arbitarion methods internationally recognized in the oil contract arbitration.